

LA LEY *Mediación y Arbitraje*

Octubre-Diciembre 2021 | 09

*Mediación en conflictos
con las Administraciones
Públicas (opiniones de
diferentes autoridades
y profesionales)*

*El Tribunal de Justicia de la
Unión Europea extiende la
jurisprudencia Achmea a los
arbitrajes derivados del Tratado*

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

EN PRIMERA PERSONA

- Mediación en conflictos con las Administraciones Públicas (Opiniones de diferentes autoridades y profesionales), **María Avilés Navarro**, Letrada de la Administración de justicia y Doctora en Derecho Procesal

Entrevistados

José Luis Martínez-Almeida Navasqüés, Alcalde de la Ciudad de Madrid

Pablo Zapatero Miguel, Secretario de Estado de Justicia

Enrique López López, Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid

José-Juan Tomás Porter, Gerente de la Mutualidad General Judicial

Juan Pedro Quintana Carretero, Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sebastián Lastra Liendo, Secretario de Gobierno del TSJ de Madrid

María Dorronsoro Alberdi, Abogada del Estado-Jefe en la Comunidad Autónoma de Madrid

José María Alonso, Decano en Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Gabriel María de Diego Quevedo, Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

Antonio López Porto, Secretario General del Servicio Madrileño de Salud

Gerardo Carballo, Técnico del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo

Luis Natalio Royo Paz, Delegado Territorial de la ONCE en Madrid

TRIBUNA

- «*Tribunals and "rules of law": The Increasing Prevalence of Transnational Law*», **Bernardo M. Cremades**, Socio Fundador de B. Cremades & Asociados. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- «*Reflexiones sobre la Ley de mediación 5/2012, de 6 de julio*», **José Fernando Merino Merchán**, Letrado del Consejo de Estado y de las Cortes Generales. Árbitro internacional

ESTUDIOS

- «*La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales. especial referencia a la mediación en el VI ASAC*», **José Luis Monereo Pérez**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). Universidad de Granada, **Alejandro Muros Polo**, Personal Investigador Predoctoral en formación (FPU). Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- «*Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto Antin c. España y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad*», **Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga** y **Nicolás Alonso Moreda**, Profesores Agregados de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
- «*La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales*», **Fernando Bedoya** y **Javier Tarjuelo Pozo**, Socio y Abogado de Litigación y Arbitraje de Pérez Llorca

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «*¿A propósito del nuevo Reglamento de Procedimiento Acelerado de la CNUDMI: reflexiones iniciales sobre algunas soluciones aportadas, con especial consideración a los nuevos requisitos para la mutatio libelli?*», **Carlos Valls Martínez**, Socio/Partner, MCI Arb Giró Martínez, Presidente de la «Associació pel foment de l'Arbitratge»
- «*Iniciativa probatoria del árbitro y respeto hacia las reglas del procedimiento arbitral pactadas entre ambas partes. Especial consideración a la prueba de interrogatorio de testigos y peritos*», **Juan Pablo Correa Delcasso**, Profesor Titular de la Universidad de Barcelona. Abogado (La Guard Abogados)
- «*Los tribunales internacionales de inversiones en la Unión Europea y la selección de sus miembros*», **María del Carmen Chéliz Inglés**, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

REGULACIÓN

- «*La mediación, el diálogo y la autocomposición como vías principales de gestión de los conflictos en la Universidad: líneas esenciales de la futura Ley de Convivencia Universitaria*», **M.ª Teresa Duplá Marín**, Catedrática Law School ESADE (URL), Directora Conflict Management RG y **Iris Requena**, Becaria Conflict Management RG

Textos y materiales recientes

- Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI de 2021
- Notas de la CNUDMI sobre la mediación de 2021

JURISPRUDENCIA

Crónicas

- «*El control de la valoración de la prueba por el árbitro*», **Francisco G. Prol**, Abogado y árbitro internacional
- «*El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales*», **Fabio Virzi y Laura Martín**, Abogados de Cases & Lacambra

Sentencias seleccionadas

- «*Sobre la impugnación del laudo parcial y la vulneración del orden público como causa de anulación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 29 de diciembre de 2020)*», **Sergio Sánchez Gimeno**, Doctor en Derecho. Abogado
- «*La falta de motivación del laudo como motivo de anulación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de mayo de 2021)*», **Sixto A. Sánchez Lorenzo**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Árbitro internacional
- "*Pretensión revisoria de Laudos arbitrales amparada en la invocación formal de causales de anulación. El difícil anclaje de la impugnación de laudos por incumplimiento del deber de revelación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 11 mayo 2021)*". **Juan Carlos Calvo Corbella**, Abogado del Estado (exc.) Asesor General para Asuntos Jurídicos de Urbaser, S.A.
- «*Sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión (en especial, en contratos de agencia) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 9ª 15 de junio de 2021)*», **Manuel de Lorenzo**, Abogado, Director del Departamento de Derecho Privado en el Bufete Navarro & Asociados
- "*Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU's Reasoning (Judgment of the Court of Justice, Grand Chamber, 2 September 2021, Case C-741/19: Republic of Moldova)*", **Rafael Gil Nieva**, Abogado, profesor y árbitro internacional
- «*Legitimatio ad causam y representación voluntaria: extensión subjetiva del convenio arbitral (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 4ª 16 de septiembre de 2021)*», **Ángel María Ballesteros Barros**, Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Cádiz

Notas

- «*Procedimiento de ejecución de laudo extranjero: la ausencia de competencia del tribunal para conocer del procedimiento de ejecución del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) como motivo de inadmisión de su reconocimiento (Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco CP 1ª de 1 de marzo de 2021)*», **Juan José Álvarez Rubio**, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
- «*El criterio razonado y lógico del árbitro, un bien a proteger. La motivación del laudo como causa de anulación por ser contrario el orden público (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP*

1ª de 23 de marzo de 2021)», **Belén Alandete Sánchez**, Abogada Senior Área Litigación y Arbitraje en Broseta. Profesora Asociada Universidad de Valencia

- «*La necesaria coherencia intrínseca del laudo arbitral (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya CP 1ª de 24 de marzo de 2021)*», **Frederic Munné Catarina**, Abogado. Doctor en Derecho
- «*Verificación de la declinatoria de un pacto parasocial acordando la sumisión a arbitraje en lugar de mediación (Auto Audiencia Provincial de Oviedo 1ª de 5 de abril de 2021)*», **Carmen Barrón López**, Universidad de Valencia
- «*Desestimación de la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de infracción del orden público y por ausencia de falta de imparcialidad e independencia de la árbitra (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 abril 2021)*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*Obras son amores y no votos particulares (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 28 de abril de 2021)*», **Josep Maria Julià**, Socio fundador de Delegaltessen
- «*A vueltas con la extensión del convenio arbitral a terceros (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11ª de 29 de abril de 2021)*», **Roger Canals Vaquer**, Socio de ARCO, Abogados y Asesores Tributarios
- «La simple conjetura en la denuncia de falta de imparcialidad por la corte de arbitraje no es suficiente para cuestionar su debida neutralidad y transparencia en la designación de árbitros (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 8 de junio de 2021)», **José Fernando Merino Merchán**, Árbitro. Letrado del Consejo y de las Cortes Generales

Cronología de decisiones

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

ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

Asociación Europea de Arbitraje

- Convenio de colaboración entre Global Sportainment y la Asociación Europea de Arbitraje (19 noviembre 2021)

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

- Nuevo director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Centro Español de Mediación

- Intervención de Rafael Catalá, en un acto celebrado en la Cámara de Comercio de Valladolid el 23

de septiembre de 2021

- El CEM y Conviventia suscribieron un acuerdo para fomentar la mediación empresarial (15 octubre 2021)

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

- CIAM y AEDM constituyen un grupo de trabajo sobre arbitraje marítimo internacional (14 julio 2021)
- CIAM y SEAIDA firman un acuerdo para promocionar el arbitraje en el sector asegurador (21 octubre 2021)

Corte Española de Arbitraje

- Cuarenta años al servicio de las empresas

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- El CIADI y el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago firman acuerdo de cooperación (11 agosto 2021)
- El CIADI Publica el Sexto Documento de Trabajo sobre la Propuesta de Enmiendas a sus Reglas Procesales (12 noviembre 2021)

International Council for Commercial Arbitration

- El ICCA celebró su 60º aniversario el 17 de septiembre de 2021
- El ICCA organizó un roadshow de la Convención de Nueva York para el Poder Judicial Argentino (6 octubre 2021)

London Court of International Arbitration

- Kate Cervantes-Knox y Constantine Partasides nuevos directores de la LCIA (23 septiembre 2021)

Tribunal Arbitral de Barcelona

- Tech Barcelona y el Tribunal Arbitral de Barcelona colaboran para promover la resolución de conflictos en el ámbito del emprendimiento (6 octubre 2021)

Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra

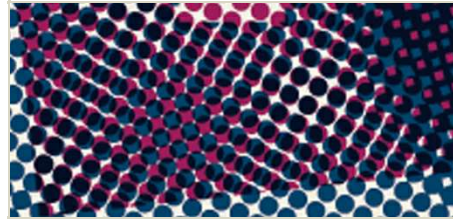
- Presentación oficial del Tribunal de Arbitraje del Principado de Andorra (30 septiembre 2021)

NOTICIAS

- La Comisión Europea inicia una investigación en profundidad sobre el laudo arbitral favorable a Antin por el que se impone una compensación a España (19 junio 2021)
- Entrada en vigor del Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (10 octubre 2021)

2021)

- La Cátedra Pérez–Llorca/IE analiza la doctrina constitucional y anulación de laudos arbitrales (22 julio 2021)
- Macarena Letelier será la primera mujer en presidir la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (8 noviembre 2021)
- "IV Jornada Internacional de Arbitraje. UCEMA/CIMA realizada en Buenos Aires de manera virtual el 4 de noviembre de 2021", **Roberto Carlos Hermida**, Abogado, Arbitro. Representante de CIMA en Argentina (Buenos Aires)
- «*Primer Seminario Binacional de Arbitraje Internacional México-España (11 noviembre 2021)*», **María Inmaculada Rodríguez Robrero**, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alcalá
- «*Nuevo libro editado por Sixto Sánchez Lorenzo sobre Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado) (Cizur Menor, 2020)*», **Gonzalo Stampa**, Socio fundador de Stampa Abogados. Árbitro internacional
- «*La profesora Ana Fernández Pérez dirige una importante monografía sobre Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI (Cizur Menor, 2021)*», **Francisco Ruíz Risueño**, Abogado del Estado (ex.). Secretario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
- Una merecida obra homenaje: Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini (Milán, 2021)
- *In memoriam* J. Martin Hunter (1937-2021). Un gran jurista, un brillante abogado y un verdadero adelantado en el campo del arbitraje internacional



Mediación en conflictos con las Administraciones Públicas

La mediación es un método de gestión y resolución de conflictos cada vez más conocido en nuestra sociedad, sin embargo, en el ámbito de los conflictos con las Administraciones públicas, queda mucho camino por recorrer. Resulta imprescindible el compromiso y la colaboración de las Administraciones, Instituciones y operadores jurídicos para su implementación.



Por

María AVILÉS NAVARRO

Letrada de la Administración de justicia y Doctora en Derecho Procesal

Del mismo modo, una regulación expresa de carácter nacional, tanto en la vía administrativa como cuando el conflicto se ha judicializado, dotaría de seguridad jurídica a esta herramienta de resolución de controversias y favorecería su accesibilidad en todo el territorio nacional. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, prevé

potenciar la participación ciudadana mediante una futura regulación diferenciada y propia de la mediación administrativa y contenciosa-administrativa. En el ámbito administrativo y local, citamos de ejemplo la Ordenanza 4/2021, de 30 de marzo, Ayuntamiento de Madrid de Calidad del Aire y Sostenibilidad, que contempla la mediación administrativa en los procedimientos de disciplina ambiental no sancionadores.

La coordinación constituye la clave de la eficiencia y eficacia en la consecución de objetivos de la Administración pública y de la Administración de Justicia, en beneficio de los ciudadanos destinatarios últimos de su actuación. Recientemente en el ámbito de la Comunidad de Madrid, por Decreto 40/2020, de 20 de mayo, del Consejo de Gobierno, se crea y regula el Observatorio de Justicia y Competitividad, sobre la base de que el funcionamiento de la Administración de Justicia impacta de manera evidente en la economía, por lo que se centra en la eficiencia judicial y, con la coordinación de diferentes agentes implicados, investiga el impacto que producen en la economía otras actuaciones de resolución extrajudicial, en especial la mediación y el arbitraje, como alternativas para reducir las tasas de litigiosidad excesivas.

La existencia de unidades o servicios conectados con los órganos judiciales, facilitaría el asesoramiento e información a la ciudadanía, a los operadores jurídicos, favorecería la derivación judicial, el trabajo colaborativo así como la coordinación con las diferentes Administraciones públicas y con los mediadores o institutos de Mediación, proporcionando un enfoque integrado de la mediación y de sus beneficios. Entre estas Unidades destaca la Unidad funcional de Mediación de lo Contencioso-administrativo dependiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al servicio tanto de los órganos unipersonales como de la Sala de dicho Alto Tribunal (1). Unidad que, de adquirir naturaleza orgánica y contar con el apoyo y medios necesarios, podría multiplicar su eficacia y trabajar en red con otras unidades existentes en el territorio nacional. Asimismo la existencia de esta unidad redundaría en beneficio de las propias Administraciones públicas, constituyendo un elemento organizativo clave para garantizar la sostenibilidad del sistema de justicia y el funcionamiento adecuado de nuestras Administraciones.

La mediación garantiza el derecho de participación y accesibilidad de las partes en la gestión de sus conflictos lo que, sin duda, refuerza la legitimidad y confianza en las Administraciones.

Son muchos los ámbitos en los que nos relacionamos con la Administración pública, y algunos especialmente sensibles, como el sanitario, para el que la mediación se presenta como una fórmula adecuada para la gestión de determinados conflictos, o los derivados de las dificultades de accesibilidad de las personas con diversidad funcional. En este sentido, el Servicio Madrileño de Salud está colaborando activamente en la gestión de conflictos judicializados mediante su participación en los asuntos derivados desde los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid, favoreciendo el diálogo y solución consensuada.

De todas estas cuestiones, tenemos la oportunidad de contar con la opinión de diferentes autoridades y profesionales en esta amplia entrevista, a los que traslado mi más sincero agradecimiento y les animo a hacer realidad sus palabras, pues todos ocupan un papel privilegiado para favorecer el cambio necesario hacia un sistema más sostenible en el que la mediación tenga

cabida como una vía de gestión y resolución de los conflictos con la Administración pública.

ENTREVISTAS



José Luis Martínez-Almeida Navasqués. Alcalde de la Ciudad de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación es un mecanismo extrajudicial coadyuvante a la solución de controversias muy interesante. A mi juicio, puede perfectamente convivir con la vía judicial, si bien debería existir una necesaria claridad en los aspectos que pueden ser sometidos a mediación extrayéndolos, siquiera sea temporalmente, de la vía judicial. Siempre que sirva para agilizar y ahorrar costes a los ciudadanos, es más que bienvenida.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Por supuesto, y desde esta corporación estamos potenciando las vías en las que la mediación ha de tener cabida. Hay ámbitos en los que la mediación es indisponible por ley, por lo que quedan radicalmente descartados. Pero hay otros campos en los que el margen de discrecionalidad es muy amplio y abonan la posibilidad de que la mediación sirva para poner fin a una controversia de manera más satisfactoria, incluso si ésta se ha judicializado. Por ello, desde el Ayuntamiento de Madrid a lo largo de este año hemos aprobado la Ordenanza 4/2021, de 30 de marzo, de calidad del aire y sostenibilidad que ya contempla la posibilidad de acudir a esta fórmula de resolución de conflictos y que no es sino reflejo de principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas como los de servicio efectivo a los ciudadanos, participación, objetividad, transparencia, eficacia en el cumplimiento de los objetivos, eficiencia en la asignación y utilización de los servicios públicos

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La mediación intrajudicial debería ayudarnos a resolver determinadas controversias que no siempre pueden ser completamente satisfechas en el ámbito judicial por el propio carácter formalista del

Derecho Administrativo procesal. Así, la mediación debería ayudarnos a obtener una solución más satisfactoria tanto para el particular como para la Administración.

Sin duda, sería muy conveniente una regulación específica al efecto. Tal y como se encuentra configurado el Derecho Administrativo, asentado sobre ciertos dogmas como la eficacia y legalidad del acto administrativo, la posibilidad de que una Administración libremente se pueda contradecir y negociar el contenido de sus actos es realmente complicado. Sin embargo, por los beneficios que esta institución implica, debe explorarse esta vía y buscar la forma de conjugarla con los principios elementales del Derecho Público.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

En efecto, como he ido indicando, éste sería el elemento preciso para potenciar decisivamente la mediación. En tanto no se apueste por esta vía de regulación expresa que contemple con claridad cuáles son los supuestos en los que cabe someter a mediación sus asuntos, de qué modo, con qué margen de apreciación, quiénes serán los órganos competentes, etc. no podrá asentarse como una institución alternativa sólida. La seguridad jurídica en un ámbito tan crítico demanda una mínima regulación al efecto.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Es una pregunta compleja, porque no solo supone su creación sino también determinar su incardinación orgánica y funcional, entre otras cosas. Pero, dicho esto si esta unidad pudiera servir como catalizador para la mejor ordenación e implementación de la mediación, debería ser una opción a valorar.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

La economía requiere para su crecimiento seguridad jurídica y respuesta ágil a las controversias. En la medida en la que la mediación permita alcanzar estos dos objetivos permitirá generar la confianza necesaria para dinamizar y potenciar nuestra economía.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas?

Desde luego la mediación administrativa no intrajudicial es un mecanismo que puede ayudar a incrementar la transparencia del funcionamiento del servicio público, sin embargo, en la actualidad, hay numerosas formas de controlar el ejercicio de las potestades públicas, a través de los portales de transparencia o del control judicial, por ejemplo. Por tanto, no creo que este sea el valor más destacable de la mediación aunque si facilita en cualquier caso que los ciudadanos y los representantes de la Administración tengan un espacio para exponer de forma directa sus inquietudes lo que sin duda de algún modo contribuye al conocimiento de los problemas del otro y por tanto a la transparencia.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones

públicas y en la ciudadanía?

La mediación como mecanismo alternativo a la solución de las controversias tiene una mayor tradición en otros ámbitos del Derecho, pensemos incluso en los buenos oficios del Derecho Internacional y sobre todo en otros países de tradición anglosajona. En nuestro país y en particular el ámbito administrativo se encuentra en un estado incipiente de desarrollo, por los propios caracteres de éste, y hay mucho camino por hacer. En la ciudadanía tampoco es una figura firmemente asentada, por ello debemos aportar entre todos para que se asuma con naturalidad como otro instrumento más.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Es importante hacer llegar al conjunto de la población la certeza de que la solución extrajudicial de controversias es igual de eficaz que la solución que podemos obtener de un Tribunal de Justicia. Para ello es necesario realizar una importante labor pedagógica que nos debe concernir a todos, desde los profesionales del derecho, hasta la Administración de Justicia y la propia Administración pública.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Debemos pedirles un gran conocimiento no sólo del derecho administrativo, sino especialmente del funcionamiento de la Administración. Hay que tener en cuenta que las Administraciones Públicas requieren para su funcionamiento de un engranaje jurídico, técnico y humano muy importante y que únicamente conociendo en profundidad su organización se puede obtener una verdadera solución justa para el particular y para la propia Administración que, no lo olvidemos, tiene como misión fundamental defender el interés general de todos los ciudadanos.



Pablo Zapatero Miguel. Secretario de Estado de Justicia

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación es, sin duda, uno de los medios adecuados de solución de controversias alternativos a la vía jurisdiccional más conocidos, que permite una solución óptima para muchos conflictos; entre sus beneficios, ofrece a las partes la posibilidad de decidir directamente la solución de sus diferencias y tiene un claro efecto pacificador de las relaciones sociales.

El sistema de justicia debe ser capaz de incluir y ofrecer la mediación como un recurso más en la gestión de las controversias, junto a la jurisdicción y otros medios adecuados, y este es, de hecho, el espíritu del actual anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, en el ámbito civil y mercantil.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

La mediación no sólo es posible, sino que puede mejorar ampliamente la gestión y solución de muchos conflictos con la Administración Pública, tanto en vía administrativa como en el marco del procedimiento contencioso-administrativo, una vez iniciada la vía jurisdiccional, a través de las derivaciones intrajudiciales.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que los conflictos con la Administración tienen unas características propias que obligan a garantizar el equilibrio entre el interés público y general y el interés particular que pueda verse comprometido, dentro del respeto a los principios de legalidad y de orden público y que determinan la necesidad de que la mediación en este ámbito sea regulada por una ley específica, como adelanta el anteproyecto de ley de eficiencia procesal.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La mediación aporta flexibilidad e implica a las partes en la gestión de sus conflictos, lo que permite soluciones más ajustadas a sus necesidades que las que puede ofrecer en muchas ocasiones la vía jurisdiccional. Dentro del pleno respeto a los principios anteriormente indicados, la mediación podría tener cabida especialmente en el ámbito del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y también en fase de ejecución de sentencia.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Como he indicado con anterioridad, esta es una previsión que se contiene específicamente en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal, por las propias particularidades que tiene la mediación en este ámbito.

Si bien actualmente existen preceptos al amparo de los cuales se están llevando a cabo diferentes experiencias de mediación contencioso-administrativa, una ley específica permitiría resolver las dudas que puede plantear su aplicación y consolidar el recurso a la mediación como una forma satisfactoria de resolver los conflictos administrativos y contencioso-administrativos, garantizando en todo caso el respeto a los principios de legalidad y orden público.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

El éxito de la respuesta del sistema ante los conflictos pasa por una adecuada coordinación entre el órgano judicial y el servicio de mediación y es necesario arbitrar mecanismos de gestión y de seguimiento, singularmente en este ámbito en que es necesario garantizar que el acuerdo alcanzado

no elude la potestad judicial de control de legalidad sobre la actuación administrativa impugnada. En el anteproyecto de medidas de eficiencia procesal se ha previsto la creación de servicios de medios adecuados de solución de controversias que, entre otras funciones, prestarán el apoyo necesario a la derivación judicial.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

El sistema de justicia tiene que ser motor de crecimiento social y económico. Desde esa perspectiva, la mediación evidentemente tiene un papel dinamizador de la economía, en tanto promueve una solución de los conflictos ágil, rápida y satisfactoria para las partes. La posibilidad de que a través de la mediación se consigan soluciones más rápidas y efectivas será necesariamente beneficiosa.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

En cierto modo la mediación abre las puertas de la Administración a la ciudadanía, que pasa a sentirse escuchada en la gestión de su problema. No siempre ha sido así y ese es un déficit que arrastramos como servicio público. Con la mediación los ciudadanos y ciudadanas pueden recibir una respuesta más rápida y eficiente, de la que se sientan partícipes y que promueve la pacificación y la confianza de la sociedad en las instituciones.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

Aunque la mediación y los sistemas adecuados de solución de conflictos son cada vez más conocidos en los entornos judiciales, jurídicos y en el ámbito de la Administración, lamentablemente todavía no podemos hablar de una cultura de la mediación en la sociedad española. Este no es un problema exclusivamente estatal, como ya se ha puesto de manifiesto por diferentes instituciones europeas, pero es evidente que debe seguirse trabajando en esta línea. En este sentido, el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal es una apuesta firme por la implantación de la cultura de la mediación y la cultura de paz en España.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

La implantación de la mediación y de otros medios adecuados de solución de controversias en la sociedad supone cambiar una cultura de litigio por una cultura del acuerdo y la negociación, que tiene en su horizonte el desarrollo de la cultura de paz en nuestra sociedad. Es un reto necesario pero ambicioso que necesita de textos legales, pero también de políticas públicas de gestión del cambio que impliquen a todos los operadores jurídicos afectados y a todas las Administraciones con competencias. Debemos trabajar desde la cogobernanza y la corresponsabilidad para que así sea.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

El éxito de la introducción de la mediación en el sistema de justicia pasa necesariamente por la calidad en la formación y la especialización de los mediadores. En España tenemos la suerte de

contar con excelentes profesionales en el ámbito de la mediación contencioso-administrativa, que evidentemente deben conocer las características particulares de este tipo de mediación, a las que me he referido, y el entorno en que se desarrolla.



Enrique López López. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación es uno de los instrumentos que más pueden fortalecer la resolución extrajudicial de conflictos y es algo que desde el Poder Judicial se debe promocionar y considerar valioso ya que todo lo que sea evitar y resolver conflictos es una buena noticia para el ámbito judicial.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

No solo es posible, sino positiva y necesaria. La previsión está en el art. 77 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y considero que la mediación debe ser posible no solo cuando se presenta la demanda y se contesta, sino incluso después de haber realizado la prueba propuesta y antes de dictar sentencia. Ese también es un momento en el que las partes pueden avenirse a un acuerdo extrajudicial evitando así que se produzca una decisión judicial.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

Sobre todo, lo que hay que buscar son escenarios fuera del ámbito jurisdiccional que favorezcan la mediación y el acuerdo. Creo que desde el punto de vista psicológico, que tiene un peso importante en la mediación, el hecho de que se realice fuera de escenarios o espacios judiciales es necesario.

Creo que desde las administraciones tenemos que contribuir a que, incluso en los edificios judiciales, se creen espacios y lugares positivos que no generen la percepción de que se está en un Tribunal de Justicia. Esos espacios deben ayudar a que las partes vean la posibilidad que existe de llegar a un acuerdo sin necesidad de utilizar la administración de justicia.

Es, por tanto, necesario que las administraciones se esfuercen para proveer de medios materiales y recursos a estos espacios en los que se pueda ejercer la mediación y la conciliación. El impulso de estos acuerdos siempre va a suponer un ahorro en costes económicos a las administraciones prestacionales.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Sí, es necesario un desarrollo legal más allá del art. 77 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Y creo que, además de la Ley, es prioritario fomentar entre los ciudadanos una cultura positiva sobre la mediación y conciliación, que tiene que calar también en las administraciones.

A veces nos encontramos con infinidad de recursos en los que la Administración conoce perfectamente el resultado, porque es repetición de otros anteriores, y en las que esas situaciones de conciliación y mediación no se producen.

Necesitamos, por tanto, un nuevo impulso de esa cultura de la mediación tanto a nivel ciudadano como a nivel estructural de la administración de Justicia.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Sí, es necesario crear estructuras que, siendo ágiles, permitan ese grado de cooperación entre el ámbito de la administración de Justicia y los instrumentos que permiten la mediación y la conciliación. Esa colaboración es básica para que el traslado de un conflicto del ámbito judicial al ámbito de la mediación sea eficiente.

6. ¿Cree que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Todos los mecanismos que conduzcan a evitar y solucionar conflictos de forma pronta y segura son beneficiosos para la economía de un país. Lo más importante y lo que más contribuye a favorecer la economía de un país es la seguridad jurídica y ésta se puede alcanzar con instrumentos de mediación y conciliación.

7. ¿Cree que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

Sí, precisamente esto enlaza con lo que dije antes respecto a la cultura de la mediación. Es fundamental que la transparencia sea uno de los ejes de la actuación administrativa y política y, por tanto, rija también en un proceso de mediación.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

Creo que en España hemos tenido un gran déficit de cultura de la mediación porque, a pesar de todo, ha habido y hay una gran confianza en el sistema de Justicia y en las resoluciones que adoptan los jueces y magistrados en España.

Pero tenemos que generar esa cultura que haga que los ciudadanos perciban la mediación como una herramienta útil y segura para resolver sus conflictos.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Fundamentalmente, generar confianza en los ciudadanos en los servicios de mediación para que sean transparentes, eficaces y útiles.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Deben ser personas que, además de conocer perfectamente el marco jurídico del ámbito en el que se plantea el conflicto para que una mediación nunca dé como resultado un acuerdo contrario a la ley, tengan aptitudes adecuadas para alcanzar y buscar el acuerdo. Para ello, deben ser personas con gran inteligencia emocional y con capacidad de empatía.



José-Juan Tomás Porter. Gerente de la Mutualidad General Judicial

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

Ambas vías pretenden dar solución a situaciones de conflicto interpersonal. Su coexistencia es plenamente posible, aunque lógicamente ello implica regular ambas alternativas y de qué forma los avances y/o las soluciones que se alcancen a través de una de ellas inciden en la otra.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Siempre es posible una solución alternativa a la vía judicial. En una sociedad avanzada la judicialización debería ser la última alternativa para poner fin a los conflictos. Lo mismo cabe decir de los desencuentros que la ciudadanía mantiene con las Administraciones Públicas. Es cierto que, en el caso de estas últimas, el interés general debe quedar siempre salvaguardado y cualquier solución mediada deberá respetar ese principio.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

En esencia, las necesidades que harían posible la mediación en conflictos judicializados donde estén implicadas las Administraciones públicas no difieren mucho de las que afectan a las relaciones entre sujetos en el ámbito privado. Es cierto que en el caso de estas últimas es más fácil encontrar situaciones donde no entre en juego el interés de terceros ya que la actividad administrativa debe estar siempre orientada al interés general. Esto hace que cualquier solución que se aparte del criterio jurídico aplicado en el acto administrativo que es objeto del conflicto merezca un especial análisis, evitando que con la solución que resulte de esa mediación se vea afectado el interés general. Iniciado ya un proceso, si se quiere que esa solución tenga reflejo en él, necesariamente deberá estar

avalada por una decisión judicial.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Sí, pero con matices. Con independencia de que estas vías de solución alternativa se puedan recoger en una normativa específica, lo cierto es que la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa debería prever el modo en que ambas vías de solución pueden llegar a coincidir temporalmente. Así, reconociendo siempre el uso preferente de la mediación, habrá que ponderar que estos intentos de conseguir sus resultados no se conviertan en una técnica dilatoria más. Deben ser una vía útil de solución, nunca un problema añadido.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Por supuesto. Con lo dicho en la pregunta anterior he intentado resaltar la importancia de asegurar los canales de conexión entre las diferentes vías.

6. ¿Cree que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

La mediación pretender hacer más fácil la vida de y entre las personas, sean estas físicas o jurídicas, y ya se trate de personas privadas o de entes públicos. La economía en su conjunto, no sólo la de un país en concreto, implica la ejecución constante de relaciones entre con estos sujetos, así que favorecer una solución pronta y eficaz ante cualquier situación de conflicto es, sin lugar a ninguna duda, dinamizar aquellas relaciones y, por ende, la economía de los sujetos y del país entero.

7. ¿Cree que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

No sé si la mediación, en sí, aumenta o refuerza la transparencia de la actividad pública. De lo que no tengo duda es de que, en el resultado final de esa mediación, en la solución que al final se dé, deben aplicarse los mismos criterios de transparencia empleados para dictar el acto administrativo que se encuentra en el origen del conflicto. La misma publicidad que se dio a este es la que se deberá dar a la solución mediada para que quien se considere afectado por la misma pueda obrar en consecuencia.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

No, sinceramente no. Sin duda es una de nuestras asignaturas pendientes, pero no sólo en el ámbito de los conflictos con las Administraciones públicas. En general, estamos acostumbrados a buscar a «otros/as» que nos resuelvan esos problemas, a pesar de reconocer que, en muchos casos, incluso con resoluciones favorables, arrastramos una cierta insatisfacción, ya sea por la demora en la respuesta o porque consideramos que «no se entendió del todo» nuestra postura.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Se trata de un problema cultural y, por lo tanto, forma parte de nuestra idiosincrasia. Estos cambios son siempre complejos, necesitan por tanto de una intervención en diferentes ámbitos de nuestra sociedad y con una planificación muy elaborada. Es obvio que ya en la enseñanza básica se deberían impartir a la infancia nociones sobre relaciones sociales, sobre qué es y para qué sirven las normas que rigen la sociedad, y sobre las situaciones de conflicto que pueden surgir y qué vías de solución se pueden (y deben aprender a) utilizar. A los adultos, a los más mayores sólo nos queda conocer la existencia de estos instrumentos para la mediación, de sus bondades, de sus aciertos y del ahorro en tiempo y dinero que puede traer su uso adecuado. Del éxito de estas herramientas en los momentos iniciales de su implantación dependerá la credibilidad en el sistema y su consolidación futura.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Tomo en sentido estricto esta cuestión y, en mi opinión, los mediadores deben ser técnicos especializados en orientar a las partes para que sean ellas (y sólo ellas) quienes encuentren la solución al conflicto. La peculiaridad de los que atañen a las relaciones entre particulares y las Administraciones públicas y las limitaciones en torno a la solución que podrían encontrar obliga a que el mediador tenga conocimientos jurídicos que faciliten, no ya el entendimiento entre aquellas, sino la eficacia futura del acuerdo al que pueden llegar.



Juan Pedro Quintana Carretero. Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación, en general, constituye una fórmula idónea para la resolución de conflictos, complementaria de la judicial. Las ventajas son evidentes por el grado de satisfacción que causa en los ciudadanos una solución basada en el dialogo y el acuerdo, y por su sencillez, flexibilidad, rapidez y menor coste en relación con el proceso judicial.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Sí, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial. La judicialización del conflicto no constituye un obstáculo para su solución mediante la mediación intrajudicial, en el marco de dicho proceso y bajo el control judicial, que garantizaría el principio de legalidad y la preservación del interés general.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La mediación intrajudicial contencioso-administrativa requiere un cambio cultural en las Administraciones Públicas que debe ser impulsado legislativamente, mediante la adecuada regulación del procedimiento de mediación y de las potestades administrativas en el mismo, y facultando a los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas, con las garantías que se estimen necesarias, para alcanzar acuerdos.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Sí. La actual situación genera ciertas dudas sobre su cobertura legal que están obstaculizando su eficaz implantación, tanto entre los integrantes del Poder Judicial como en los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas. Además, deberían regularse específicamente las facultades de esos Servicios Jurídicos para alcanzar acuerdos en el seno de procedimientos de mediación y resulte operativa su intervención pues las trabas existentes en la actualidad lo dificultan extraordinariamente.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Sí. Resulta imprescindible instaurar estructuras adecuadas para el control, coordinación y seguimiento de los procedimientos derivados a mediación que cumplan también funciones de apoyo e información a los órganos judiciales, llevando a cabo la elaboración de formularios, bases de datos y estadísticas que permitan evaluar su implantación.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Una implantación exitosa de la mediación como fórmula de resolución de conflictos de naturaleza económica (contratación pública, tributario, expropiación forzosa, etc.), sin duda alguna favorecería la dinamización económica, al conllevar una mayor agilidad y menor coste en su solución que los procesos judiciales.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

Verdaderamente, la mediación no tiene por qué incidir necesariamente en la transparencia de la actividad pública o del ejercicio de las potestades administrativas, con carácter general. Indudablemente, en el concreto conflicto derivado a mediación con éxito, los interesados percibirán una mayor transparencia de la actividad pública, pero solo en la medida en que los acuerdos alcanzados obtuvieran la oportuna publicidad la dinámica así generada pudiera proyectar una imagen de mayor transparencia pública sobre la ciudadanía.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

No. En nuestra sociedad impera una cultura de judicialización de los conflictos frente a la solución

dialogada de los mismos, pero ello resulta más acusado en las Administraciones públicas. Los principios que rigen las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos —autotutela declarativa y ejecutiva— y los medios de que disponen para litigar sitúan a aquellas en una posición de clara ventaja en los conflictos que mantienen con los ciudadanos que no favorece la predisposición a la mediación. De ahí la importancia de que sea impulsada por el legislador en este concreto ámbito.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Las medidas deberían orientarse a su adecuada regulación legal, la aportación de medios personales y materiales a los órganos judiciales, a la divulgación de la mediación entre los ciudadanos, la formación de los servidores públicos, la adecuada retribución de la intervención de los mediadores con cargo a fondos públicos en una primera fase para garantizar su gratuidad para los ciudadanos, incentivos fiscales para los acuerdos de mediación y penalizaciones en materia de costas judiciales o de otra naturaleza cuando se rechacen acuerdos injustificadamente.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

En el ámbito contencioso-administrativo los mediadores han de tener acreditada formación en Derecho administrativo y/o conocimientos técnico-jurídicos propios de esta disciplina (juristas, arquitectos, etc.), necesarios para poder contribuir eficazmente a fomentar y orientar el dialogo entre las partes para alcanzar un acuerdo respetuoso con la legalidad vigente.



Sebastián Lastra Liendo. Secretario de Gobierno del TSJ de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

Me parece positiva para las partes en conflicto que existan otras posibilidades, además de acudir a los órganos judiciales, para solucionar las controversias que surjan en el tráfico jurídico. Dada la elevada carga de trabajo existente en los órganos judiciales, la posibilidad de una mediación ayudaría a la propia Administración de Justicia y a las partes en conflicto.

Igualmente, y debido a esta sobrecarga de trabajo, la posibilidad de mediar en un conflicto jurisdiccional puede ser positiva para mejorar el tiempo de respuesta de los órganos judiciales en la resolución de los conflictos que se les planteen.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración Pública, en vía administrativa, cuando el conflicto se ha judicializado?

La mediación para la resolución de conflictos privados está resultando francamente positiva. La mediación en conflictos de los administrados con la Administración Pública o entre dos Administraciones Públicas es más complicada, toda vez que éstas tienen por objeto la defensa del interés público y existe menos disponibilidad en el interés del conflicto, pero no significa que deba estar excluida la mediación en esta parcela del ordenamiento jurídico, siempre que sea respetuoso con el principio de legalidad, cuyo control pueda realizarse por los Jueces y Tribunales en el orden jurisdiccional.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación de conflictos con la Administración Pública judicializados?

Del análisis de la experiencia acumulada, sería necesario dar una mayor difusión de su existencia dentro de la Administración de Justicia, entre todos los operadores jurídicos, en especial, entre los Letrados de la Administración de Justicia y también entre la ciudadanía.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

La regulación existente en la actualidad es manifiestamente insuficiente en esta materia, debiéndose tender a una regulación específica. Entre tanto, a corto plazo, debería introducirse alguna mención expresa en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableciendo las bases por las que debe regirse dicha mediación.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del Instituto o Servicio de mediación, y entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Sí, no cabe duda de que sería fundamental la creación de dicha Unidad, que dotaría de una mayor coordinación, eficacia y seguridad jurídica a la mediación, y en la que la figura del Letrado de la Administración de Justicia fuera fundamental, dada la experiencia que ostenta en la dirección de equipos de trabajo, al ser director técnico-procesal de la Oficina judicial en el ámbito de la Administración de Justicia.

6. ¿Valora que la mediación pueda contribuir a dinamizar la economía del país?

Cualquier medida que tienda a agilizar la Administración de Justicia y a satisfacer los intereses de las partes repercutirá en una mejora de la economía del país, sin duda.

7. Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas?

Entiendo que en la medida de que se facilita la participación de las partes en la resolución del conflicto, se contribuye a mejorar la transparencia en la Administración Pública.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en la Administración de Justicia, en las Administraciones Públicas, y en la ciudadanía?

A pesar de la existencia de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la posibilidad de derivar determinados asuntos a mediación conforme se establece en algunas leyes,

como la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existe todavía con carácter general en los tres ámbitos una cultura de mediación en España, ya que en la mayoría de los casos los ciudadanos no conocen el procedimiento, y confían únicamente en los órganos judiciales para la resolución de los conflictos.

9. En el caso de que la respuesta anterior sea negativa, ¿Qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar la adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Sería fundamental una regulación específica de la materia de mediación, estableciendo las diferentes opciones que tienen los ciudadanos, las consecuencias de someter las controversias a mediación, el procedimiento a través del cual se realizara, siempre con la existencia de una sesión informativa.

10. Según su opinión, ¿Qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Sin duda alguna, la formación de los mediadores es requisito imprescindible para que puedan ejercer sus funciones con plenas garantías, por ello, deberían tener formación especializada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, dada la especialidad de los asuntos a mediar, además de realizar su función de acuerdo con los principios de confidencialidad, neutralidad e imparcialidad, regulados en los arts. 7 a 9 de la Ley 5/2012.



María Dorronsoro Alberdi. Abogada del Estado-Jefe en la Comunidad Autónoma de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación y los restantes mecanismos alternativos de resolución de controversias son elementos necesarios para prevenir y reducir la carga de trabajo en los tribunales. Con esta finalidad, estos mecanismos pueden coexistir con la vía judicial para permitir, en determinados supuestos, una forma de terminación del conflicto que se tramita en vía judicial.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Sí, lo es y muestra de ello es su utilización exitosa en otros países. Sin embargo, su implantación en nuestro país debe tener en cuenta las particularidades de nuestro derecho administrativo, manifestadas, entre otras, en la indisponibilidad de la Administración en determinados sectores sobre la relación jurídica que es el presupuesto del proceso, el sometimiento de la misma a los principios de legalidad e igualdad, y las prerrogativas de autotutela declarativa y ejecutiva de que

gozan los actos administrativos.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

Con la previa delimitación de aquellas materias o sectores en los que no existe una disponibilidad en la actuación administrativa, las principales podrían ser las de ofrecer a los ciudadanos una resolución más satisfactoria de sus intereses en un tiempo razonable. O la de concretar una solución eficaz ajustada a las peculiaridades de cada caso.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regule la mediación en este orden jurisdiccional?

Es esencial. Debe subsanar las importantes lagunas del actual art. 77 LJCA y completar los aspectos de tramitación administrativa. Una norma legal que fijara los ámbitos materiales, formales y de competencia en la Administración interviniente daría certidumbre a los operadores jurídicos a la hora de recurrir a la misma, en especial, a la Administración, por las particularidades del derecho administrativo a las que antes he hecho referencia.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Siempre que esa unidad se limitara a la jurisdicción contencioso-administrativa, la existencia de este tipo de unidad se puede considerar positiva. Puede servir para garantizar la unidad de criterios de actuación en materia mediación, trasladar información en las sesiones informativas y asegurar la efectividad de su utilización.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Sí, especialmente si contribuye a una más rápida solución de conflictos y a una reducción de la litigiosidad, siendo claro que puede constituir además una oportunidad para generar nuevos empleos.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

El procedimiento administrativo —concebido como el conjunto formal y regulado de actos que expresan la voluntad administrativa para la consecución de un determinado fin— está sometido, entre otros, al principio de publicidad y la Administración debe actuar de manera transparente por exigirlo el art. 3.1º.a) Ley 40/2015. La regulación de la mediación debería contemplar este principio y hacerlo compatible con la exigencia de confidencialidad que se exige en la misma, no sólo a las partes sino también al mediador respecto de lo acontecido en ella.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

No existe una cultura de la mediación en ninguno de estos tres sectores. Sí que existe un gran conocimiento de las fórmulas de resolución de conflictos alternativas a la vía judicial, como el

arbitraje y la conciliación, aunque quizá no tanto de la mediación. Además, en vía administrativa se contempla la terminación convencional (Art. 86 Ley 39/2015) y en vía judicial no es infrecuente que se termine el procedimiento por satisfacción extraprocesal, allanamiento o desistimiento de la Administración, una vez valoradas las circunstancias del caso concreto.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

En la Administración de Justicia, mejora de las normas procesales y mayor conocimiento de las limitaciones que la Administración tiene para alcanzar soluciones «amistosas», especialmente en determinados sectores.

En la Administración pública, mejora de las normas competenciales y mayor conocimiento de la función del mediador y de los posibles resultados favorables y eficaces que se pueden alcanzar por estas vías alternativas.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Sería conveniente que fueran especialistas en derecho administrativo para que conocieran las particularidades del sistema administrativo español. Para desarrollar una función eficaz para reconducir las posturas procesales de las partes hacia los intereses de cada uno que permitan un acuerdo, sería muy positivo que contara con experiencia en gestión en Administraciones Públicas.



José María Alonso. Decano en Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación se ha consolidado como uno de los instrumentos más valiosos de nuestro ordenamiento para que la ciudadanía ponga fin a sus conflictos y no sólo a sus pleitos. La aplicación del derecho puede ser perfectamente compatible con la toma en consideración de los intereses de las partes. Al igual que otros MASC, la mediación es otra forma de acceso a la justicia por lo que la coexistencia con la vía judicial es necesaria y positiva.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

La experiencia que hemos llevado a cabo en Madrid en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia, aún con la necesidad de un refuerzo y apoyo normativo, ha demostrado que no sólo es posible, sino que es actualmente una realidad, siendo necesaria su consolidación en las relaciones entre las administraciones públicas y la ciudadanía.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

Un reconocimiento normativo expreso en la legislación que permita a profesionales y administraciones superar algunas de las trabas que la práctica ha demostrado. La regulación habrá de venir acompañada de una formación adecuada para aquellos funcionarios y técnicos que participen en los procedimientos de mediación por parte o en nombre de la administración, así como de la necesaria difusión de estos métodos adecuados de solución de conflictos (MASC) entre la ciudadanía para su participación en el sistema de justicia asumiendo de forma responsable la solución más adecuada de sus conflictos.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regule la mediación en este orden jurisdiccional?

Entiendo necesario consolidar la senda iniciada con el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia en lo relativo a MASC donde ya se avanza la necesidad de una regulación en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

La experiencia acumulada en Madrid con la creación de una «unidad funcional» encargada de mediación en el ámbito del TSJ ha puesto de manifiesto su necesidad y valor añadido como instrumento de coordinación, comunicación y seguimiento eficiente de la gestión de los expedientes y de impulso de este MASC.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

La mediación, como cualquier gestión positiva de conflictos, no sólo conlleva una mejora del tráfico económico en atención a su celeridad y abaratamiento de los costes, sino que garantiza una mejora en la gestión de las relaciones contractuales en las que por su propia dinámica se generan controversias que los litigios suelen contribuir a dinamitar.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas?

La mediación, y cualquier mecanismo diferente a de la judicialización de los conflictos entre administración y administrados, es una fórmula perfecta para contribuir a la exigible transparencia y buen gobierno de la administración, incorporando a la ciudadanía en la toma y calidad de decisiones respecto de sus conflictos.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

Definitivamente no la suficiente. Muchos son los esfuerzos que se vienen realizando y que deben reconocerse para mejorar nuestro sistema de justicia, pero aún queda mucho camino por recorrer para la superación plena de una arraigada cultura adversarial de gestión de los conflictos.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

La educación lógicamente es la mejor vía de entrada hacia este cambio de cultura, pero sin olvidar que es necesario incentivar y hacer atractiva esta herramienta tanto para la ciudadanía como para los profesionales. En la Abogacía, prescriptora natural de los diferentes medios de gestión de controversias, venimos trabajando intensamente en la formación de nuestros profesionales, pero resulta necesario incrementar el catálogo de incentivos que ayuden a su plena normalización. Estas medidas, entre las que incorporaríamos claros incentivos fiscales, las esperamos ver plasmadas en el texto definitivo que consolide definitivamente los MASC en nuestro ordenamiento jurídico.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Además de la formación legalmente exigida para el ejercicio de la actividad de mediación, entiendo necesario que ésta sea complementada con un amplio conocimiento jurídico del derecho administrativo en general y de la materia objeto de conflicto en particular.



Gabriel María de Diego Quevedo. Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación, como otros métodos alternativos de resolución de conflictos, permite no solo colaborar con una Administración de Justicia atascada por la cantidad de asuntos que gestiona, sino dar mayor satisfacción a las partes en conflicto. Por ello, es indudable que el proceso de mediación puede ser un mecanismo por el que se lleguen a alcanzar soluciones satisfactorias, aunque, a día de hoy, sólo esté regulado en el ámbito civil y mercantil por la Ley 5/12 y el reglamento que la desarrolla, pero que coexiste y tiene que coexistir con la vía judicial, para aquellos casos en que no se alcanza un acuerdo.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Si, creo que es posible, pero lo primero que hay que salvar es la desigualdad entre las partes, ya que el ciudadano puede sentirse en inferioridad de condiciones. Tiene dificultad su implantación al estar muy regladas las relaciones con la Administración, pero, lógicamente dependerá de si el tipo de conflicto es mediable, de la fase en que se articule acudir a ella, de la búsqueda de fórmulas para

conseguir dar la efectividad que se pretende y todo ello depende de regular convenientemente la mediación en el ámbito administrativo.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La primera que observo es que el ciudadano tiene necesidad de percibir que la Administración es más humana y más cercana a sus problemas. También es importante darle soluciones ágiles y rápidas cuando entra en conflicto con la Administración. Puede ser una buena solución de cara a resolver algunos conflictos judicializados e incluso a la hora de ejecutar resoluciones judiciales.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Como jurista, entiendo que sí, sería conveniente, por la especialidad de las relaciones con la administración y de las situaciones que se someten a la decisión de los Tribunales Contenciosos Administrativos, y con una legislación *ad hoc* para esta materia existiría una regulación específica, habida cuenta que la ley 5/2012 hace referencia exclusivamente a mediación civil y mercantil.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Es necesario, ya que la mediación requiere de la confianza en ella por parte de todos los operadores jurídicos, para una mejor organización, gestión y control de la calidad de los mediadores y de las mediaciones que realizan. No todo es mediable sea en la materia que sea, pero cuando algo puede serlo, desde nuestra institución de Mediación y como cooperadores jurídicos que somos los Procuradores, hemos defendido que el éxito se puede alcanzar por una organización que permita una adecuada gestión de las derivaciones, de los tiempos y un control de los profesionales de la mediación en sus relaciones con las partes y con los Tribunales.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Evidentemente cuando los conflictos se gestionan de una manera ágil y efectiva, obviamente, repercute en la economía del ciudadano, de la sociedad y en consecuencia del país. Todos sabemos que una Administración de Justicia lenta no genera confianza en los inversores, que necesitan, ante un conflicto, respuestas ágiles y efectivas, para decidir realizar negocio en un país.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

Desde luego, y además supondría un acercamiento al ciudadano. Desde nuestra experiencia como Procuradores, reconocidos como colaboradores necesarios de la Administración de Justicia, somos conocedores de que la colaboración con la actividad de aquellos que prestan servicios públicos y ejercen potestades administrativas en cualquier ámbito, suma, y no puede ser menos esta forma pacífica de resolver muchos de los conflictos.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: ¿la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

Entiendo que falta mucha cultura, a todos los niveles, para gestionar los conflictos de una manera pacífica y dejar en mano de los Tribunales aquellas situaciones que no pueden ser mediables y necesitan de decisiones judiciales para su solución. En esta falta de cultura influye la falta de información, por una parte, la falta de inversión económica en los medios alternativos de resolución de conflicto que dan lugar a una saturación de los tribunales y que en definitiva también llevan al descontento del ciudadano con la justicia en general minusvalorando el esfuerzo que hacen todo los profesionales y servidores públicos que intervienen

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

En primer lugar, la dotación económica para la información por parte de la administración, consiguiendo crear conciencia de mediación entre los ciudadanos. Por otro lado, la dotación económica para la buena gestión de las unidades a constituir, que podrían, con los medios suficientes, organizar, gestionar y controlar la calidad de los mediadores de distintos ámbitos profesionales y de las mediaciones que realicen, generando la confianza necesaria en este método, como primer paso para una implantación natural de esta forma alternativa de resolver un conflicto.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Los mediadores, requieren de formación específica, en las herramientas que les permitan gestionar conflictos y que adquieren cuando se forman en Mediación, en técnicas de negociación y por supuesto, en este caso concreto, en el conocimiento de las relaciones con la Administración y de los procesos contenciosos administrativos, con sus plazos.



Antonio López Porto. Secretario General del Servicio Madrileño de Salud

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

En los sistemas jurídicos modernos debe coexistir una relación muy estrecha entre el proceso judicial y los medios extraprocerales de resolución de conflictos. En mi opinión la mediación es una herramienta esencial como solución a disputas y litigios entre partes.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Si bien la jurisdicción contenciosa- administrativa tiene unas singularidades propias que la diferencian de la civil y la penal, debido al hecho que una de las partes es una Administración Pública, considero posible la mediación tanto en la vía administrativa como en la contenciosa. Si bien la mediación genera una relación diferente entre la Administración y los administrados, no se puede ni se debe excluir la mediación como forma de abordar conflictos que surjan con las Administraciones Públicas.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La mediación en conflictos judicializados debe presentarse como un mecanismo de solución complementario al juicio. El objetivo fundamental de la mediación en los conflictos judicializados es ofrecer una fórmula menos costosa y que evitaría dilaciones y retrasos en la tramitación del proceso.

4. Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

En mi opinión, la mediación debe regularse en una ley específica, debido a las singularidades que presenta el proceso contencioso-administrativo. También debe regularse porque una de las partes siempre es una Administración.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

En cuanto a la existencia de una unidad organizativa, sería conveniente la existencia de una unidad dependiente de los tribunales que: gestione la relación y designación de mediadores; informe y divulgue entre los litigantes el proceso de mediación; y, gestione los procesos judiciales susceptibles de mediación.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Debido a la grave situación sanitaria ocasionada por el COVID, se ha generado una complicada situación económica que puede ser el origen de numerosas reclamaciones judiciales incrementándose el colapso judicial. Ante esta situación la mediación puede ser una herramienta muy necesaria para solventar la situación de crisis económica originada por el estado de alarma.

7. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

Estimo que actualmente no existe una cultura de la mediación en nuestro sistema, por ello la potenciación de la misma es fundamental.

8. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Se hace necesaria una labor de divulgación principalmente entre los profesionales implicados directamente, así como una importante labor de formación de los profesionales.

9. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

La figura del mediador es fundamental, de ahí la necesidad de definir de una manera específica su estatuto profesional. Deberán regularse sus atribuciones, sus intervenciones en el proceso de mediación, los requisitos exigibles para poder acceder a labor de mediación y cuestión importante también deberá regularse su responsabilidad, con el fin de impedir que profesionales sin práctica puedan ejercer la mediación.



Gerardo Carballo. Técnico del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación es una institución social y jurídica que nace desde la necesidad de encontrar acuerdos en escenarios de conflictos con soluciones no predeterminadas. La vía judicial debe contar con la mediación como garantía de paz social en el marco de la tutela judicial efectiva.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Es posible y necesario en las relaciones ordinarias entre los ciudadanos y la Administración como paso previo al acto administrativo y, en el ámbito judicial reactivo, como instrumento para revisar decisiones administrativas no ajustadas al más recto sentido de la justicia.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

La más urgente necesidad es la de salir de un escenario tenso y riguroso como es el proceso judicial contestado y trasladar a los litigantes a un lugar en el que el conflicto pueda verse como una oportunidad de ganancia compartida.

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

¡Sin duda alguna!; una ley como factor esencial de seguridad jurídica y como hoja de ruta de un procedimiento de mediación fiable y estructurado.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Es aconsejable y la experiencia demuestra que las unidades que existen están dando crédito reputacional a la institución de mediación.

6. ¿Cree que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Por supuesto, basta pensar en las bondades de la mediación para poner fin con mayor celeridad a los recursos contencioso-administrativos sobre responsabilidad patrimonial o tributarios que permitan, por ejemplo, poner en circulación los depósitos en efectivo dinerarios.

7. ¿Cree que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas?

Por supuesto. La transparencia es un factor que genera confianza en el servicio público y el escenario de la mediación permite al ciudadano participar activamente en el asunto que le afecta obteniendo de la Administración la mayor, mejor y más clara información disponible.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: La Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

No creo que se trate actualmente de un déficit cultural. La mediación con los poderes públicos es una forma ancestral de resolver conflictos y ha calado en nuestra sociedad desde hace muchos años. La figura del Ombudsman-Mediador en España y el uso que de ella hacen los ciudadanos para resolver sus conflictos administrativos es una buena prueba de ello.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

Medidas normativas, formativas, de apoyo a la investigación e inversión a largo plazo.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

Sin dudarlo, deben ser mediadores especialmente capacitados en técnicas de negociación y, si no es posible una «comediación», en todo caso deben ser muy conocedores de la práctica administrativa y judicial.



Luis Natalio Royo Paz. Delegado Territorial de la ONCE en Madrid

1. ¿Qué opina de la mediación y de su coexistencia con la vía judicial?

La mediación, como vía alternativa de resolución de conflictos supone una opción muy positiva,

dado que, además, puede coexistir con la vía judicial.

2. ¿Cree posible la mediación en conflictos con la Administración pública, en vía administrativa, e incluso, cuando el conflicto se ha judicializado?

Sí, claro que es posible y sería muy favorable promover esta vía de resolución de conflictos en procesos contenciosos-administrativos.

3. Según su opinión, ¿cuáles son las principales necesidades que posibilitarían la mediación en conflictos con la Administración pública judicializados?

En el caso del sector de la discapacidad visual al que represento, podría cubrir muchos supuestos de conflictos derivados de la falta de accesibilidad en la vía pública, por ejemplo, o ante el incumplimiento de normas de accesibilidad en edificios públicos, transportes, etcétera

4. ¿Considera necesaria una ley específica que, de forma expresa y detallada, regulase la mediación en este orden jurisdiccional?

Sería interesante contar con una norma que regulase la mediación porque fomentaría su conocimiento y utilización por parte de la ciudadanía y de los órganos jurisdiccionales.

5. ¿Cree aconsejable una unidad organizativa que coordine la labor de los órganos judiciales con la del instituto o servicio de mediación y, entre otras funciones, se ocupara de una adecuada gestión y seguimiento de las derivaciones judiciales?

Un órgano de estas características es sin duda imprescindible para canalizar las solicitudes de mediación y para facilitar esta vía como alternativa en la resolución de conflictos con las administraciones públicas.

6. ¿Valora que la mediación puede contribuir a dinamizar la economía del país?

Sin duda porque, además de promover la profesión de mediadores y mediadoras, contribuiría, como medio efectivo y rápido de resolución de conflictos, a la agilidad en la adopción de acuerdos entre partes, desbloqueando la carga de litigios en los juzgados.

7. ¿Opina que la mediación puede incrementar y reforzar la transparencia de la actividad pública y de aquellos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas?

Efectivamente, puede mejorar la transparencia al promover un sistema sencillo, ágil y efectivo de resolución de conflictos frente a la complejidad que para el ciudadano supone enfrentarse en procesos contenciosos a las administraciones públicas para reclamar derechos o resolver conflictos.

8. ¿Cree que existe cultura de mediación en: la Administración de Justicia, en las Administraciones públicas y en la ciudadanía?

A mi juicio no existe todavía una cultura de la mediación, o no se conoce como vía alternativa de resolución de conflictos, especialmente entre la ciudadanía.

9. En el caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿qué medidas considera imprescindibles para gestionar ese cambio cultural y alcanzar una adecuada implementación de esta herramienta de resolución de conflictos?

La difusión de la mediación entre los actores clave, esto es, la ciudadanía en general, los abogados, jueces, procuradores, y en niveles formativos para dar a conocer la figura profesional del mediador.

10. Según su opinión, ¿qué requisitos deben reunir los mediadores en esta parcela del ordenamiento jurídico?

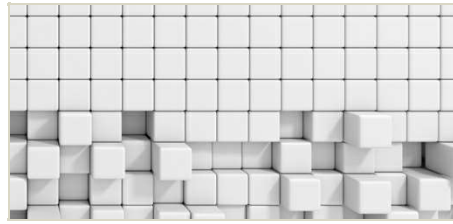
Formación específica en esta área para preparar como profesionales específicos a los mediadores.

.....

(1)

Unidad que, al amparo del convenio celebrado entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid, ha posibilitado que el servicio se preste en la actualidad por mediadores especializados pertenecientes al Centro de Resolución de Conflictos y las tecnologías aplicadas para la gestión de las mediaciones (mediaICAM).

[Ver Texto](#)



Tribunals and «Rules of Law»: The Increasing Prevalence of Transnational Law (1)

Tribunales y «Reglas de Derecho»: La creciente prevalencia del Derecho transnacional

Los amplios poderes otorgados al tribunal arbitral para elegir el Derecho sustantivo aplicable se están reconociendo progresivamente como la autoridad para seleccionar un sistema legal no nacional en ausencia de un acuerdo de elección de derecho por las partes. En lugar de permitir que un tribunal aplique directamente la «ley» (nacional) que considere apropiada, varias Leyes e nacionales y reglamentos de arbitraje especifican actualmente que un tribunal puede aplicar las «reglas de derecho» que considere apropiadas. Esta distinción entre «Derecho» y «reglas de Derecho» amplía significativamente la autoridad del tribunal desde el derecho nacional a cualquier sistema jurídico, ya sea nacional o transnacional, siempre que se califiquen adecuadamente.

Arbitraje, Derecho transnacional, Árbitros, Elección del Derecho sustantivo aplicable, Ley Modelo de la CNUDMI, Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

The broad powers granted to the tribunal to select the applicable substantive law are progressively being recognized as encompassing the authority to select a non–national legal system in the absence of a choice–of–law agreement by the parties. As opposed to only allowing a tribunal to directly apply the (national) «law» which it determines appropriate, a number of institutional rules and national arbitration statutes currently specify that a tribunal is allowed to apply the «rules of law» it deems appropriate. This distinction between «law» and «rules of law» significantly expands the tribunal’s authority from national law to any legal system, whether national or transnational, as long as it adequately qualifies as «rules of law.»

Arbitration, Transnational Law, Arbitrators, Choice of substantive law, UNCITRAL Model Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.



Bernardo M. Cremades

Founding partner of B. Cremades & Asociados

Full Member of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation

It is a well-established principle of international arbitration that absent a governing law chosen by the parties, arbitrators possess significant authority with regards to selecting, interpreting, and applying the relevant law (2). This broad authority is subject to minimal judicial review, whether at the arbitral seat or in recognition proceedings in foreign courts (3).

The authority of arbitrators to select the applicable substantive law in cases where the parties have not agreed to a choice-of-law clause is duly recognized by both contemporary national arbitration legislation and arbitral institutions. However, national legislation and arbitral institutions differ in exactly how much authority a tribunal is granted in selecting the relevant substantive law. Some legislation and institutions distinguish between the tribunal's authority to directly apply the substantive law it deems fit («*voie directe*») versus applying the conflict of laws rules it deems fit to subsequently determine the relevant substantive law («*voie indirecte*») (4). For example, Article 28(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration states that: «[f]ailing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable». By comparison, Article 35(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules explains that in the absence of a choice by the parties, the tribunal «shall apply the law which it determines to be appropriate» (5). This wording grants a tribunal the freedom and wide discretion to directly apply the substantive law it considers appropriate without requiring an express reference or analysis of conflict of laws rules (6). Numerous arbitral institutions include a rule with a similar wording to Article 35(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules (7).

The broad powers granted to the tribunal to select the applicable substantive law are progressively being recognized as encompassing the authority to select a non-national legal system in the absence of a choice-of-law agreement by the parties. As opposed to only allowing a tribunal to directly apply the (national) «law» which it determines appropriate, a number of institutional rules and national arbitration statutes currently specify that a tribunal is allowed to apply the «rules of law» it deems appropriate (8). This distinction between «law» and «rules of law» significantly expands the tribunal's authority from national law to any legal system, whether national or transnational, as long as it adequately qualifies as «rules of law» (9). For example, Article 21(1) of the ICC Arbitration Rules states that «[t]he parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the *rules of law* which it determines to be appropriate» (10). Comparably, Rule 31.1 of the SIAC Arbitration Rules holds that «the Tribunal shall apply *the law or rules of law* which it determines to be appropriate» and Article 27(1) of the SCC Arbitration Rules explains that «the Arbitral Tribunal shall apply *the law or rules of law* that it considers most appropriate.»

Correspondingly, the national arbitration legislation and statutes of certain states grant tribunals the

broad freedom to select «rules of law» as the applicable law (11) . For instance, Article 1511 of the French Code of Civil Procedure allows the tribunal to apply the rules of law it deems appropriate. (12) Similarly, under Article 187(1) of Switzerland’s Federal Code on Private International Law, «[t]he arbitral tribunal shall rule according to the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, according to the law with which the action is most closely connected.»

In the absence of a choice-of-law by the parties, tribunals today are increasingly selecting non-national legal systems (such as general principles of law, *lex mercatoria*, or the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (the «UNIDROIT Principles»)) as the appropriate «rules of law» to govern the merits of a dispute. Tribunals have invoked and subsequently utilized various justifications to support their decision to apply a non-national legal system as the appropriate «rules of law» (13) . A common justification includes analyzing party expectations in light of their choice to not include a choice-of-law clause expressly requiring the application of a national law. This can be interpreted as an intention of the parties to not submit the contract in question to either parties» respective domestic law. In fact, it is quite possible that the parties» inability to agree on a substantive law resulted in the conscious omission of a choice-of-law clause (14) . Likewise, this can be interpreted to imply that the parties could not reach an agreement on finding a third national law to govern the contract. From this, one can gather that the parties did not want the national law of a third country, though neutral, to arbitrarily govern their dispute. In sum, the lack of a choice-of-law clause on behalf of the parties can illustrate their intention to not submit their contract to any national law. (15) This in turn would justify the application of a non-national legal system as the appropriate substantive law.

To illustrate the above, in ICC Award No. 7375 of 5 June 1996 (16) , the Tribunal held that the very absence of a choice-of-law clause in the contract at hand should be construed as an implied negative choice-of-law. The lack of a choice-of-law clause reveals that neither Party intended to accept the other’s domestic law (17) . As such, the Tribunal considered that it had three alternatives for determining the appropriate law to govern the merits: 1) apply a neutral national law; 2) apply the *trunc commun* doctrine; or 3) apply a non-national legal system (18) . By majority, the Tribunal decided that the third alternative was in line with the Parties» expectations and to therefore apply «those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules» (19) .

The application of general principles of international commercial law is therefore justified by the international nature of the contract and the lack of a dominant national law able to reasonably and rationally exclude all other national law

A further example is found in an award issued by the Stockholm Chamber of Commerce in 2001 concerning a contract between two Chinese companies and a European company (20). As the contract was silent regarding the law governing the merits, the Claimant argued that Swedish or Luxembourg law should apply while the Respondent advanced that the law of the People's Republic of China should apply. (21) In reaching its decision to apply the UNIDROIT Principles as the appropriate governing law, the Tribunal first recalled its role under Article 24(1) of the SCC Arbitration Rules: Article 24(1) states that in the absence of an agreement as to the law governing the contract, the tribunal shall apply the law or rules of law it considers to be the most appropriate (22). Article 24(1) thus allows a tribunal to directly apply the substantive law it deems best, without first resorting to a conflict-of-laws analysis («*voie directe*») (23). The Tribunal then determined that the Parties had deliberately omitted a substantive choice of law and held that:

[T]he issues in dispute between the parties should primarily be based not on the law of any particular jurisdiction, but on such rules of law that have found their way into international codifications or such like that enjoy a widespread recognition among countries involved in international trade. Apart from international conventions such as the Convention on International Sales of Goods (CISG) and other conventions that are not directly applicable on a license agreement, the only codification that can be considered to have this status is the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT rules have wide recognition and set out principles that in the Tribunal's opinion offers a protection for contracting parties that adequately reflects the basic principles of commercial relations in most if not all developed countries (24).

The «wide acceptance and international consensus» of non-national rules of law like *lex mercatoria* or UNIDROIT Principles can make them better suited to a particular case than choosing a national law that neither party is familiar with (25) Likewise, resorting to general principles of international contract or commercial law to govern the merits of a dispute fully satisfies any concerns the parties may have on the neutrality of the applicable law (26). Such general principles of law will allow for a contract that is predominantly international in nature to be removed from under the auspices of a single national legal system and placed within a system of international legal rules specifically adapted for its subject matter (27). Resorting to general principles of international commercial law eliminates the risk of applying a national law that does not satisfactorily address the issues at hand or provide an adequate solution (28). Relatedly, applying general principles of law provides a tribunal with a neutral solution when a contract includes connecting factors with multiple countries and national laws, yet all the national laws appear to be equally unconvincing when trying to justify their application (29). The application of general principles of international commercial law is therefore justified by the international nature of the contract and the lack of a dominant national law able to reasonably and rationally exclude all other national law (30).

Moreover, by conducting business at an international commercial level, the parties to a dispute would have been aware of these general principles of law and acted within their context (31). For instance, multiple arbitral awards have respectively concluded that the general principles of international commercial contracts as codified by the UNIDROIT Principles reflect rules of law that

are already applied by the majority of national legal systems, in common and civil law jurisdictions alike (32) .

Indeed, the UNIDROIT Principles were drafted with the aim of creating «a system of rules especially tailored to the needs of international commercial transactions» (33) . Since their publication in 1994, the most commonly applied Principles by arbitral tribunals pertain to damages, the principles of good faith in the performance of a contract, the duty of cooperation between the parties to the contract, and contract interpretation (34) . Since 1994, the UNIDROIT Principles have been revised and amended a total of three times: in 2004, 2010, and 2016. These revisions allow experts to contribute new articles and accompanying commentary designed to adapt the Principles to the evolution of international commercial contracts and continue meeting the practical needs of international business (35) .

Since their publication in 1994, the UNIDROIT Principles have been progressively recognized as the embodiment of *lex mercatoria* and have been applied as such in case law (36) . For instance, in an ICC award rendered in 1996 (only two years after the publication of the UNIDROIT Principles) (37) , the contract in question between an Italian company and a governmental agency of a Middle Eastern country did not contain a choice-of-law clause due to both Parties claiming the application of their own domestic law (38) . In a partial award on the applicable law, the Tribunal held that it would apply the «terms of the contract, supplemented by general principles of trade as embodied in the *lex mercatoria*» (39) . In the award on the merits, the Tribunal referred to individual articles of the UNIDROIT Principles, without providing a separate justification as to why these Principles were being invoked (40) . It can thus be deduced that the Tribunal considered the UNIDROIT Principles to be a source of the *lex mercatoria* (41) . Hence, the Tribunal's express reference in its partial award on the applicable law to *lex mercatoria* was sufficient to establish its intent to apply the UNIDROIT Principles . (42) Today, the UNIDROIT Principles are recognized as a reflection of generally accepted principles of international commercial contracts as well as a codification of international trade usages (43) .

A recent decision of the Paris Court of Appeal highlights the growing recognition and acceptance of a tribunal selecting the UNIDROIT Principles as the applicable substantive law. On 25 February 2020, the Paris Court of Appeal rejected a challenge attempting to annul an ICC award rendered in Paris on 13 June 2017 (44) . The case concerned a sale agreement for the supply of stainless steel tubing between an Indian company (Respondent Prakash Steelage Ltd.) and a Romanian company (Claimant Uzuc S.A.) (45) . The Claimant alleged that the provided tubes were defective and initiated arbitration proceedings with the ICC in 2014 (46) . As the sale agreement was silent regarding a choice of substantive law, the Tribunal was tasked with determining the appropriate substantive law to govern the merits. The Claimant argued that Romanian law was the applicable law, while the Respondent argued that Indian law was the law chosen by the Parties (47) .

In its Procedural Order No. 1, the Tribunal invited the Parties to examine the applicable rules of law to the present dispute and to consider the application of transnational rules like the UNIDROIT Principles or the CISG (48) . In Procedural Order No. 3, the Tribunal decided that it would apply the

2010 UNIDROIT Principles to the dispute (49). The Tribunal underscored the international character of the sales agreement, the Parties' agreement on the direct application of a substantive law, as well as its broad discretion to select the appropriate law under both Article 21(1) of the ICC Arbitration Rules and Article 1511 of the French Code of Civil Procedure (50). As discussed above, both Article 21(1) of the ICC Arbitration Rules and Article 1511 of the Code of Civil Procedure expressly allow the tribunal to apply the «rules of law» it considers appropriate. Applying the 2010 UNIDROIT Principles, the Tribunal issued an award of €1 million plus interest in favor of the Claimant (51).

In November 2017, the Respondent commenced annulment proceedings before the Paris Court of Appeal challenging the award on the following four grounds: 1) the tribunal's lack of jurisdiction under Article 1520 1° of the Code of Civil Procedure; 2) the tribunal's lack of compliance with its mandate under Article 1520 3°; 3) the tribunal's violation of *due process* under Article 1520 3°; and 4) that enforcement of the award would be contrary to international public policy under Article 1520 5° (52). All four grounds were rejected by the Court.

With regards to the second ground, the Respondent argued that by applying the UNIDROIT Principles to the merits, the Tribunal exceeded its mandate by 1) ruling in equity and not in law (*i.e.*, arbitration *ex aequo et bono*) and 2) by ignoring that the applicable law was Indian law (53). The Court of Appeal disagreed and held that since the Parties did not agree to apply Indian law (or agree on any choice-of-law for that matter), the Tribunal was granted broad discretionary powers by the ICC Rules and French Civil Code to choose the appropriate substantive law (54). Moreover, under both the ICC Rules and French Civil Code, this substantive law is in no way limited to national laws; a tribunal is free to select from a wide variety of «rules of law», including general principles of international commercial law. In fact, a tribunal's freedom to apply a non-national legal system in the absence of a choice by the parties is by no means a new concept in French jurisprudence. The Court of Cassation had previously upheld the application of the *lex mercatoria* as the governing law to a dispute while confirming that general principles of international law do qualify as a source of law (55). As such, the Court of Cassation affirmed that the Tribunal's choice of international *lex mercatoria* as the governing law did not convert the arbitration at law into an arbitration in equity (56).

Comparably, this decision of the Paris Court of Appeal affirms that the application of the UNIDROIT Principles as «rules of law» will not cause a tribunal to exceed its mandate and act as an *amiable compositeur*. This decision is unique in the sense that it presented an opportunity for the French courts to assert that in the absence of an agreement of the parties on the applicable law, an ICC tribunal may apply the UNIDROIT Principles to decide the merits of a case. The decision thus further exemplifies the broad discretion allotted to tribunals to determine the appropriate applicable law under the French Code of Civil Procedure.

The recent decision of the Paris Court of Appeal illustrates the growing importance of the UNIDROIT Principles in international commercial arbitration. The UNIDROIT Principles are not simply supplements to fill in the gaps of existing national laws. Rather, the UNIDROIT Principles provide certainty, predictability, and neutrality in their own right (57). They are composed of concrete,

substantive legal rules with precise content that parties can easily ascertain as they would with any national law. (58) As affirmed by an ICC Tribunal, «[r]ather than vague principles or general guidelines, the UNIDROIT Principles are mostly constituted by clearly enunciated and specific rules coherently organized in a systematic way» (59). The UNIDROIT Principles, along with other non-national legal systems, will undoubtedly continue to impact arbitration agreements and international commerce alike (60).

BIBLIOGRAPHY

BONELL, M.J., *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law, 1999.

BONELL, M.J. (ed.), *A New Approach to International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles of International Contracts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, 1999.

BONELL, M.J., *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3rd. ed., Martinus Nijhoff Publ., 2009.

BORN, G.B., *International Commercial Arbitration*, 2rd. ed., Wolters Kluwer, 2014.

DASSER, F., «That rare bird: non-national legal standards as applicable law in international commercial arbitration», *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 5, n.º 2, 2011, pp. 143–150.

MUNOZ, A. & GENY, D., «The UNIDROIT Principles in International Arbitration», *Int'l Bus. L.J.*, 2016, n.º 2, pp.109–117.

O'MALLEY, N.D. & BENCH NIEUWVELD, L., «The UNIDROIT Principles: Are They Law?», *Vindobona J. Int'l Comm. L & Arb.*, vol. 11, n.º 1, 2007, 299.

.....

(1)

This article was written as an homage to Yves Derains.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2rd. ed. 2014, 2619–20.

[Ver Texto](#)

(3) *Id.*

[Ver Texto](#)

(4) *Id.* at 2634–35.

[Ver Texto](#)

(5)

This stands in direct contrast with Article 33(1) of the original 1976 UNCITRAL Arbitration Rules which held that «the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.» 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 33(1).

[Ver Texto](#)

(6) *Vid.* Born, *supra* note 1, at 2634–35.

[Ver Texto](#)

(7) *Vid.*, e.g., ICC Arbitration Rules, art. 21(1); SIAC Arbitration Rules, rule 31.1; SCC Arbitration Rules, art. 27(1).

[Ver Texto](#)

(8) *Vid.*, e.g., ICDR Arbitration Rules, art. 31(1) («The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute. Failing such an agreement by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.»); LCIA Arbitration Rules, art. 22.3 («The Arbitral Tribunal shall decide the parties» dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate.»).

[Ver Texto](#)

(9) *Vid.* Born, *supra* note 1, at 2662, 2755.

[Ver Texto](#)

(10) Article 21(1) of the forthcoming 2021 ICC Arbitration Rules will retain the same wording as Article 21(1) of the 2017 Arbitration Rules currently in force.

[Ver Texto](#)

(11)

Examples include France, Italy, Switzerland, the Netherlands, Austria, Canada, Algeria, Lebanon, and India. *Vid.* F. Dasser, «That rare bird: non-national legal standards as applicable law in international commercial arbitration», *World arbitration & mediation Review*, vol. 5, n.º 2, 2011, pp. 143–150; Born, *supra* note 1, at 2646, 2663.

[Ver Texto](#)

(12) «Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées», French Code of Civil Procedure, art. 1511.

[Ver Texto](#)

- (13) *Vid.* A. Munoz & D. Geny, «The UNIDROIT Principles in International Arbitration», *Int'l Bus. L.J.* 2016, n.º 2, pp.109–117.
- [Ver Texto](#)
- (14) *Vid.* Born, *supra* note 1, at 2746.
- [Ver Texto](#)
- (15) *Vid.* Munoz & Geny, *supra* note 12, at 115.
- [Ver Texto](#)
- (16)
ICC Award No. 7375 of 5 June 1996.
- [Ver Texto](#)
- (17) *Id. Vid.* also M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law, at 3 (1999).
- [Ver Texto](#)
- (18)
M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law, at 3 (1999).
- [Ver Texto](#)
- (19) ICC Award No. 7375 of 5 June 1996; ICC Award No. 7110 of 13 July 1995.
- [Ver Texto](#)
- (20) SCC Award No. 117/1999 (2001).
- [Ver Texto](#)
- (21) *Id.*
- [Ver Texto](#)
- (22) *Id.*
- [Ver Texto](#)
- (23) *Id.*
- [Ver Texto](#)
- (24) SCC Award No. 117/1999 (2001).

[Ver Texto](#)

(25) *Vid.* M.J. Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 22 (1999) («[[O]ne may well take the view that, in an international contract, there is a closer connection to an autonomous system of rules, such as the UNIDROIT Principles and the European Principles, than to a particular national law.»).

[Ver Texto](#)

(26) *Vid.* Munoz & Geny, *supra* note 12, at 114. It is not uncommon for parties to omit a choice-of-law clause while nevertheless including references to «natural justice», «general standards and rules of international contracts», or «good faith and fair usages» in their contracts. *Id.* at 114–15. *Vid.* also ICC Award No. 7110 (1995); ICC Award No. 9474 (1999).

[Ver Texto](#)

(27) *Vid.*, e.g., ICC Award No. 7110 (1995) («[T]he UNIDROIT Principles are specially adapted to the Contracts being the subject of this arbitration, since they cover both the international sale of goods and supply of services; ... the UNIDROIT Principles (*Vid.* their preamble) have been specifically conceived to apply to international contracts in instances in which, as it is the case in these proceedings, it has been found that the parties have agreed that their transactions shall be governed by general legal rules and principles....»).

[Ver Texto](#)

(28) *Vid.*, e.g., ICC Award No. 3131 («Faced with the difficulty of choosing a national law the application of which is sufficiently compelling, the Tribunal considered it was appropriate, given the international nature of the agreement to leave aside any compelling nature to a specific legislation, be it Turkish or French, and apply the *lex mercatoria*.»).

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* Munoz & Geny, *supra* note 12, at 115.

[Ver Texto](#)

(30) *Id.*

[Ver Texto](#)

(31) *Vid.*, e.g., ICC Award No. 9117 (1998) (where the Tribunal recognized the UNIDROIT Principles as «reflect [ing] a world-wide consensus in most of the basic matters of contract law.»).

[Ver Texto](#)

(32) *Vid.* M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 24 (3d ed. 2005) («[W]hile reflecting concepts found in many, if not all, legal

systems, [the UNIDROIT Principles] also —especially when irreconcilable differences between the various domestic laws render a choice inevitable— embody what in the light of the special needs of international trade are perceived to be the best solutions, even if these solutions still represent a minority view.»); *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, para. 623 (31 Oct. 2011) (describing the UNIDROIT Principles as «a sort of international restatement of the law of contracts reflecting rules and principles applied by the majority of national legal systems»).

[Ver Texto](#)

(33) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994), para. 20. The Introduction to the 1994 Principles further elaborates that «[t]he objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied.» *Id.* at para. 21.

[Ver Texto](#)

(34) *Vid.*. Munoz & Geny, *supra* note 12, at 111–12.

[Ver Texto](#)

(35) *Id.* at 110 . For example, the 2004 revision adapted certain of the existing articles to allow for their proper application to the increasing use of electronic contracts. *Id.* at 111.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.*. N.D. O'Malley & L. Bench Nieuwveld, «The UNIDROIT Principles: Are They Law?», *Vindobona J. Int'l Comm. L & Arb.*, vol. 11, n.º 1, 2007, 299, 301.

[Ver Texto](#)

(37) ICC Award No. 8261 of 27 September 1996. *Vid.*. also M.J. Bonell, *An International Restatement* , cit. 249.

[Ver Texto](#)

(38) M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law , at 3 (1999).

[Ver Texto](#)

(39) ICC Award No. 8261 of 27 September 1996.

[Ver Texto](#)

(40) M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law, at 3 (1999). *Vid.*. also ICC Award No. 8261 of 27 September 1996.

[Ver Texto](#)

(41) M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles as the Law Governing the Contract*, Center for Transnational Law , at 3 (1999). *Vid.. also* ICC Award No. 8261 of 27 September 1996.

[Ver Texto](#)

(42) *Vid.. Munoz & Geny, supra* note 12, at 112.

[Ver Texto](#)

(43) Among numerous awards, *Vid..*, for example, ICC Award No. 7110 (1995), issued one year after the publication of the UNIDROIT Principles, where the Tribunal held that «general legal rules and principles enjoying wide international consensus, applicable to international contractual obligations and relevant to the Contracts, are primarily reflected by the principles of international commercial contracts adopted by Unidroit (the «Unidroit Principles») in 1994....». The Tribunal further elaborated that «the UNIDROIT Principles are a restatement of international legal principles applicable to international commercial contracts made by a distinguished group of international legal experts coming from all prevailing legal systems of the world, without the intervention of states or governments, both circumstances redounding to the high quality and neutrality of the product and its ability to reflect the present stage of consensus on international legal rules and principles governing international contractual obligations in the world, primary on the basis of their fairness and appropriateness for international commercial transactions falling within their purview....». *See also* ICC Award 7365/FMS (1997) («[s]ince both Parties eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law and trade usages, and based on Article 13 (5) of the ICC Rules, the Tribunal shall, to the extent necessary, take into account such principles and usages as well. As to the contents of such rules, the Tribunal shall be guided by the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994 by the UNIDROIT Institute, Rome»); ICC Award No. 11265 (2003) («[T]he UNIDROIT Principles may be seen as «a codification of trade usages and an expression of the general principles of contract law.'»); ICC Award No. 12111 (2003) («[T]he terms «international law» used by the parties refer to *lex mercatoria* and general principles of law applicable to international contractual obligations such as the ones arising out of the Contract. Such general principles are reflected in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts which will be applied for the determination of the parties» respective claims in this arbitration»).

[Ver Texto](#)

(44) Cour d'appel de Paris [CA][court of appeal], Pôle 01 ch. 01, Feb. 25, 2020, No. 17/18001 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(45) *Id. Vid.. also Paris Court of Appeal refuses to set aside an award and confirms that an arbitral tribunal does not exceed its mandate when applying unidroit principles to decide on the Merits of a dispute*, Lexology Arbitration Notes (Apr. 20, 2020).

[Ver Texto](#)

(46) Lexology Arbitration Notes, *supra* note 44.

[Ver Texto](#)

(47) *Id.*; Cour d'appel de Paris [CA][court of appeal], Pôle 01 ch. 01, Feb. 25, 2020, No. 17/18001 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(48) Cour d'appel de Paris [CA][court of appeal], Pôle 01 ch. 01, Feb. 25, 2020, No. 17/18001 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(49) *Id.*

[Ver Texto](#)

(50) *Id.*; Lexology Arbitration Notes, *supra* note 44.

[Ver Texto](#)

(51) Lexology Arbitration Notes, *supra* note 44.

[Ver Texto](#)

(52) Cour d'appel de Paris [CA][court of appeal], Pôle 01 ch. 01, Feb. 25, 2020, No. 17/18001 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(53) *Id.*; Lexology Arbitration Notes, *supra* note 44.

[Ver Texto](#)

(54) Cour d'appel de Paris [CA][court of appeal], Pôle 01 ch. 01, Feb. 25, 2020, No. 17/18001 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(55) Cour de cassation [Cass.][supreme court for judicial matters] le civ., Oct. 3, 1984, Bull. civ. I. No. 8–9 (Fr.).

[Ver Texto](#)

(56) *Id.*

[Ver Texto](#)

(57) *Vid.*. Born, *supra* note 1, at 2659; M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 23 (3d ed. 2005).

[Ver Texto](#)

(58) *Vid.*. Bonell, *supra* note 56, at 23.

[Ver Texto](#)

(59) Partial Award in ICC Case No. 7110 (1999).

[Ver Texto](#)

(60) Partial Award in ICC Case No. 7110 (1999).

[Ver Texto](#)

Reflexiones sobre la Ley de mediación 5/2012, de 6 de julio

Reflections on the Mediation Law 5/2012 of July 6

En este trabajo el autor desarrolla una serie de ideas sobre la relación existente entre la mediación regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre Mediación Civil y Mercantil, con la mediación libre o no regulada como contrato innominado. Al mismo tiempo expone que los requisitos exigidos en esa Ley para los mediadores en la mediación regulada no son de aplicación a los mediadores libres, pero tampoco estos podrán formar parte de las listas de mediadores de las instituciones de mediación a que se refiere aquella Ley. El autor critica el doble control final sobre la mediación, notarial y judicial, por considerar que al entrar en el fondo del acuerdo adoptado en la mediación se desnaturaliza esta institución. Propone un marco general para el régimen jurídico de la mediación en España que supere el actual fraccionamiento sectorial y territorial que padece la institución.

Mediación. Civil y mercantil, Principios, Procedimiento, Estatuto del Mediador, Acta final, Acuerdo, Mediación reglada, Mediación libre, Control notarial, Control judicial.

In this work the author develops a series of ideas about the relationship between mediation regulated by Law 5/2012, of July 6, on Civil and Commercial Mediation, with free or unregulated mediation as an unnamed contract. At the same time, it states that the requirements set forth in that Law for mediators in regulated mediation do not apply to free mediators, but neither may they be part of the lists of mediators of the mediation institutions referred to in that Law. The author criticizes the double final control over the mediation, notarial and judicial, considering that entering the merits of the agreement adopted in the mediation denatures this institution. It proposes a general framework for the legal regime of mediation in Spain that goes beyond the current sectorial and territorial division suffered by the institution.

Mediation, Civil and commercial, Beginning, Procedure, Statute of the Mediator, Final act, Agreement, Regulated mediation, Free mediation, Notarial control, Judicial control.



José Fernando Merino Merchán

Letrado del Consejo de Estado y de las Cortes Generales. Árbitro internacional

I. LA MEDIACIÓN COMO INSTITUCIÓN

1. La mediación no nace con la Ley 5/2012. Su carácter sectorial

Debe dejarse claro que con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-Ley 5 /2012, transformada en la Ley 5/2012 de 6 de julio, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, ya existía en nuestro ordenamiento jurídico con fundamento en los art. 1254 y 1255 Cc la mediación como sistema alternativo de solución de conflictos judiciales. Era y es una institución muy utilizada, por ejemplo, por los profesionales del derecho intercediendo y/o facilitando acuerdos entre sus clientes y terceros. Este tipo de mediación no se encontraba sujeta a reglas o pautas preconcebidas, más allá de la buena fe y del sentido ético que debe presidir estas intervenciones, si no que se articulaba simplemente en el buen hacer de la *lex artis* de los profesionales que actuaban como mediadores con el fin de evitar tener que acudir a los lentos y formalistas procedimientos que encauzan la actividad jurisdiccional de los tribunales de justicia en la resolución de conflictos.

Mas aún, esta faceta de la mediación como instrumento de armonizar intereses contrapuestos se pierde en la noche de los tiempos y ha estado siempre presente desde que los seres humanos se organizan en sociedades más o menos estables y surgen conflictos entre ellos. A través de este medio se busca encontrar en el conflicto que enfrenta a las partes un cierto grado de reciprocidad entre ellos. De hecho, las locuciones latinas como *do ut des* y *do ut facias* (1), entre otras se encuentran en el origen primigenio de la institución mediadora luego convertidas por la acción codificadora en los llamados contratos innominados.

Pero volviendo al presente de nuestro ordenamiento, se advierte desde principios del presente siglo una pulsión reguladora de la mediación en un pluralidad de sectores fundamentalmente en el ámbito de las comunidades autónomas, sobre todo en materia de mediación familiar, entre las que destacan: Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre de la Comunidad Valenciana; Ley 15/2003, de 8 de abril de la Comunidad Canaria; Ley 3/2007 de 23 de marzo de Asturias, y en fin Ley de Mediación Familiar 1/2009 de 27 de febrero de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tampoco han faltado en este ámbito autonómico normas de mediación más amplias como es la Ley 15/2009 de 22 de julio, de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

Por tanto, la Ley 5/2012 no tiene un ámbito omnicompreensivo de toda la mediación, sino que se limita a regular el ámbito de la mediación para los asuntos civiles y mercantiles, con el apoyo en el título competencial exclusivo del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, recogido en el art. 149.1. 6ª y 8ª de la Constitución (Disposición Final 5ª, Ley 5/2012). Queda claro que es una norma, aunque Estatal, meramente sectorial, facilitadora de acuerdos en el mundo patrimonial de la actividad civil y mercantil.

2. La Ley 5/2012 no agota el contenido de la Mediación ni siquiera en el ámbito civil y mercantil

Establecido que la Ley 5/2012 tiene carácter sectorial, el siguiente paso es conocer si es posible la mediación civil y mercantil fuera de los límites de esa Ley; o, dicho de otra manera, si cabe mediar no sujetándose a las prescripciones de esa Ley.

La Ley 5/2012 no tiene un ámbito omnicompreensivo de toda la

mediación, sino que se limita a regular el ámbito de la mediación para los asuntos civiles y mercantiles, con el apoyo en el título competencial exclusivo del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, recogido en el art. 149.1. 6ª y 8ª CE

A ese respecto hay que recordar que la mediación se basa en la voluntaria y libre decisión de las partes y en la intervención de un tercero, llamado mediador, del que se pretende una actividad o conducta orientada a facilitar que las partes lleguen a una solución de la controversia por sí mismas. Siendo la figura del mediador, como bien recoge la Exposición de Motivos de la Ley, una pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a las partes a encontrar una solución dialogada. Añade la Exposición de Motivos, que el mediador debe tener una formación general que le permita desempeñar la tarea y sobre todo que ofrezca garantías inequívocas a las partes por la responsabilidad civil en que pueda incurrir (Exp. Mot. III, apartado 2º). Veremos como esa formación general se ha concretado en el RD 980/2013, exigiendo una especial formación.

¿Quiere lo anterior decir que fuera de la Ley 5/2012 no cabe la mediación en el ámbito civil y mercantil? La contestación es clara: si cabe mediar al margen de la Ley 5/2012, esta última en modo alguno es imperativa y menos aún excluyente, por el contrario, al enumerarse en su Título II, sus principios informadores, se resaltan los de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (arts. 6, 7, 8 y 9).

Es decir, que esa Ley tiene un contenido no ya solo sectorial sino eminentemente dispositivo, no reglado. Se trata de una norma esencialmente didáctica o de contenido pedagógico, salvo precisamente en lo que se refiere a sus principios informadores y los requisitos de formación que debe guardar el mediador (arts. 11 a 15).

Por tanto, cualquier mediador no sujeto a su Estatuto del Título III de la Ley 5/2012, pero que cumpla con esos principios —por otro lado, consustanciales para cualquier tercero que intervenga para facilitar un acuerdo adoptado entre las partes—, puede ejercer como mediador en el ámbito civil y mercantil. Lo que sí ofrece la Ley 5/2012, es un marco de estabilidad y seguridad jurídica tanto para las partes como para el propio mediador y un mandato a las instituciones de mediación para que los mediadores que formen parte de sus paneles cumplan con los requisitos de formación exigidos en la Ley 5/2012 y en su Reglamento.

La Ley 5/2012, en cualquier caso, no obliga a que todos los mediadores sigan las pautas marcadas por esa Ley, sino solo cuando las partes y el mediador quieran someterse expresamente a esa Ley. En este último caso, el mediador, desde luego debe reunir los requisitos de aptitud regulados en el art. 11.2 y en el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 5/2012. Pero nada se opone ni existe disposición en contrario a que en el marco de las relaciones civiles y mercantiles, dos o más partes soliciten la intervención de un tercero-mediador, para ayudarles a alcanzar un acuerdo. Este último sería plenamente válido y produciría efectos jurídicos vinculante entre las partes si se formaliza en documento privado y tendrá además fuerza ejecutiva si

se eleva a escritura pública, constituyendo ésta un título que lleva aparejada la ejecución, tal como mandatan los arts. 517.2, 4º y 545.2º LEC.

Ahora bien, si las partes acuerdan expresamente seguir el procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley 5/2012 (art. 23.1, párrafo 1º), tendrán que sujetarse no solo a los principios informadores de la Ley y al procedimiento marcado en la misma sino también y fundamentalmente a las condiciones y requisitos exigidos oficialmente para ejercer de mediador. El Reglamento de Ley 5/2012, se limita a establecer el «estatuto mínimo del mediador», por lo que las instituciones de mediación podrán exigir, en su caso, incluso mayores requisitos que los que se establecen en la citada norma para seleccionar a sus mediadores (2).

Es evidente que la existencia de una formación especial de los mediadores, trae causa de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que insiste en si Considerando 16, no solo en una formación adecuada sino también en un control de calidad sobre la misma que debe ser fiscalizada por los poderes públicos competentes de los Estados miembros, con el fin de garantizar una mayor solvencia y competencia profesional de las personas llamadas a ser mediadores.

Esta es la razón por la que al incorporarse al ordenamiento jurídico español la citada Directiva, se establecieron tres tipos de exigencias en la Ley 5/2012, dirigidas, por un lado, a la aptitud del mediador; de otro a los centros de formación y a las instituciones de mediación; y finalmente a los poderes públicos. Entre las primeras se encuentran los requisitos mínimos que debe reunir el mediador que haya de ejercer su función en el ámbito de la vigente Ley de mediación española: estar en posesión del título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o más cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que dan validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional (art. 11.2). Estos términos tan vaporosos e indefinidos han sido completados por el RD 980/2013 en cuyo Capítulo II se detalla cual ha de ser la formación de los mediadores, especificándose en sus arts. 4 y 5 el contenido de esa formación (3).

En cuanto a los centros de mediación y las entidades de mediación, también hay importantes referencias tanto en la Ley 5/2012 como en su Reglamento (art. 7) (4); y en lo referente a las entidades de mediación, en la medida que están llamadas a desempeñar un papel fundamental en la implantación y desarrollo de la mediación, esa Ley en su art. 5.1º las define como

«instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades».

Como consecuencia de esa definición las entidades de mediación tienen que asumir una serie de funciones que se encuentran diseminadas a lo largo de la Ley. En primer lugar, la función didáctica

de impulso y facilitación del acceso y administración de los ciudadanos a la mediación. La de difundir sus ventajas frente a otros sistemas de solución de conflictos; en tercer lugar, la función de gestionar y administrar el procedimiento de mediación, otorgando a las partes estabilidad y seguridad jurídica; la no menos importante de seleccionar un cuadro de mediadores con la preparación y formación específicamente exigida por la Ley y el Reglamento de mediación. También tienen como cometido garantizar la transparencia adecuada la designación de los mediadores, poniendo a disposición de las partes su propio listado de mediadores.

Finalmente, en lo atinente a las exigencias impuestas a los poderes públicos, caben destacar los deberes que recaen sobre los Ministerios de Justicia y Administraciones Públicas. En este sentido el art. 5.3º de la Ley 5/2012 determina que:

«El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras»;

debiéndose citar también en este apartado el impulso a la mediación que la Disposición Adicional 2ª de la Ley exige a todas las Administraciones Públicas para la provisión de medios materiales para que los órganos jurisdiccionales y el público general conozcan y utilicen la mediación como alternativa al proceso judicial.

Todo el excurso anterior no es en modo alguno baladí, se trata ahora de conocer si las entidades de mediación, como los deberes que pesan sobre ellas en relación a la formación de los mediadores y de sus obligaciones respecto a los poderes públicos, pueden incorporar en sus listas las personas que pretendan actuar como mediadores no sometidos al específico régimen de la Ley 5/2012 y de su Reglamento de 2013 (mediación libre). La doctrina en este punto no es unánime, según Quintana Gracia, parece lógico que las instituciones de mediación extremen sus cautelas a la hora de elegir a los profesionales que integran sus listas o paneles, exigiendo requisitos específicos de acceso, no solo en cuanto a la formación específica sino con todas aquellas cuestiones que puedan garantizar la capacidad e integridad de dichos mediadores. Para este autor una institución de mediación será lo que sean los mediadores adscritos a ellas (5) . En general la doctrina mayoritaria sigue ese criterio, se decanta porque solo puedan formar parte de las instituciones de mediación quienes acrediten formalmente el cumplimiento de los requisitos de capacidad y aptitud recogidos en la Ley 5/2012 y su Reglamento de 2013.

Lo anterior no quiere decir que existan profesionales que puedan ejercer de mediadores en asuntos civiles y mercantiles, mediadores libres, pero siempre que actúen fuera del ámbito de las exigencias impuestas en la Ley 5/2012 y en su Reglamento; ya que, en otro caso la institución de mediación que facilitase o designase al mediador asumiría una responsabilidad directa ante las partes, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 LM, cuando declara que la responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben. Obvio es que entre estas obligaciones está el constatar que el mediador que figura en sus listas debe cumplimentar los requisitos de capacidad y aptitud que le exigen la Ley y el Reglamento de

mediación. Es más este es uno de los puntos en los que la Ley 5/2012, deja de ser dispositiva para ser derecho imperativo o necesario.

Esa es seguramente la razón por la que tanto los arts. 11.3º LM, como el 26 del RD 980/2013, impongan como deber al mediador suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en los que intervenga. Incluso podría darse el caso de que el fedatario autorizante del documento público en que se formaliza el acuerdo se negara a elevarlo a escritura pública, al verificar la falta de requisito de formación exigida al mediador, y ello atendiendo a lo dispuesto en el art. 25.2 LM. Sobre este punto volveremos más adelante.

II. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LA LEY

Se pretende ahora señalar, la particular opinión del autor de estas líneas sobre determinados aspectos de la Ley 5/2012. Se persigue no realizar una crítica negativa sino por el contrario buscar la mejor manera de consolidar entre nosotros este medio de solución de conflictos que es la mediación, que debería convertirse, junto con el arbitraje, en instrumentos altamente eficaces contra la insatisfacción ciudadana con los tradicionales, lentos y costosos métodos procesales que a través de los juzgados y tribunales imparten justicia.

Partiendo de esa reflexión se formularán en este apartado algunas propuestas dirigidas a mejorar el actual marco del instituto de la mediación en el ordenamiento español.

La idea matriz de la que se parte es que, la mediación es una institución en sí misma, indivisible, que goza de autonomía jurídica propia, y que no es asimilable ni al proceso judicial ni al arbitraje por gozar de identidad sustantiva reconocible por sus propios rasgos, frente las demás figuras heterocompositivas y autocompositivas. Tiene su propia metodología teórica y práctica, sus técnicas específicas, que la hacen diferente a cualquier otro sistema de solución de conflictos. Tomando, pues, en consideración esta premisa se analizará brevemente alguna de las cuestiones que deberían tenerse en cuenta por el legislador ante una posible futura reforma del actual marco jurídico de la mediación.

1. Sobre el ámbito de aplicación

Nada hay que oponer al tratamiento que la Ley 5/2012 otorga al ámbito espacial de la norma, destinado a resolver los conflictos transfronterizos en su art. 2.1º en relación con los arts. 59 y 60 del Reglamento CE 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Sin embargo, mayor objeción plantea el ámbito material de la Ley, que se reduce a los conflictos civiles y mercantiles, como la propia denominación de la Ley indica, excluyendo del ámbito de la misma, la mediación penal, con las Administraciones Publicas, laboral y en materia de consumo (art. 2.2º LM).

Debe pedírsele al legislador que haga un tratamiento único y uniforme

de la mediación, esto es, que se recoja la mediación en un *corpus* normativo único, sin exclusión de sus distintas variantes

Desde un punto de vista dogmático y hasta práctico, no tiene mucho sentido desarrollar la mediación por compartimentos estancos o por sectores del ordenamiento. Si la mediación es una institución en sí misma, que responde a un concepto unitario e indivisible, en cuanto que categoría jurídica, no puede dividirse en parcelas, aunque pueda esa institución adoptar variantes opcionales diferentes, que no clases o tipos de mediación contrapuestos o radicalmente diferentes. Debe pedírsele al legislador que haga un tratamiento único y uniforme de la mediación, esto es, que se recoja la mediación en un *corpus* normativo único, sin exclusión de sus distintas variantes. La mediación es la mediación y se encuentra configurada con un perfil propio, atendiendo a un fin concreto, y un objeto y procedimiento que es común para todas sus variantes, sean estas laborales, penales o administrativas. Su cometido específico en el ordenamiento, como sistema autocompositivo, es buscar siempre una solución voluntaria de una controversia que enfrenta a dos o más partes mediante la intervención de un tercero.

Ese cometido es común para cualquiera de las variantes que adopta la mediación. Todas las variantes se afilian al mismo común denominador: acuerdo voluntario de resolver el conflicto, nombramiento voluntario de uno o más mediadores, sometimiento a un procedimiento más o menos tasado o flexible pero siempre garantista y sobre todo sustentado por idénticos principios comunes: igualdad de las partes, voluntariedad, neutralidad del mediador y confidencialidad; teniendo en cuenta que en todos los casos el acuerdo final debe ser libremente asumido por las partes y que puede versar sobre una de las cuestiones controvertidas o sobre todas ellas; y finalmente también es común a las diversas variantes de la mediación la posibilidad de ejecutar el acuerdo final si las partes elevan a escritura pública el citado acuerdo.

Se comprenderá que bajo este prisma sería más aconsejable que los poderes público competentes afrontasen un tratamiento legislativo unitario de la mediación. No es casualidad que prácticamente todas las publicaciones que la doctrina ha destinado al estudio de la mediación, trata a esta institución desde todos los puntos de vista, es decir, desde todas sus variantes (civil y mercantil, familia, laboral, penal...), por tener todas ellas el mismo fundamento y anclaje dogmático y práctico.

En consecuencia, la propuesta sería que se configurase un marco general de la mediación sin exclusión material alguna, sino que ese ámbito fuera común a todas las variantes opcionales de la mediación, sin perjuicio que pudieran recogerse para cada opción, bien mediante su remisión a su legislación específica, bien mediante el desarrollo reglamentario correspondiente.

Otra alternativa en la misma línea uniformadora, podría ser seguir el criterio de la Ley de Arbitraje española, consistente en considerar esa Ley como una norma general de mediación, genérica para todos los arbitrajes especiales, actuando como derecho supletorio respecto de las diversas manifestaciones opcionales de la mediación.

2. Sobre el estatuto del mediador

Existe una propuesta requerida por la UE, contenida en la Directiva 2008/52, tendente a que los poderes públicos competentes de los distintos Estado de la Unión fomenten la adecuada formación inicial y continuada de los mediadores, junto con la elaboración de códigos de conducta voluntarios, que den un contenido ético a la función mediadora. Pues bien, dado el carácter unitario de la mediación como institución indivisible, no tiene sentido que esa formación y esos códigos de conducta solo se prediquen de la mediación civil y mercantil tal como ahora se recoge en la Ley 5/2012; desde mi particular punto de vista esas exigencias formativas y esos contenidos éticos dirigidos a la conducta del mediador deben extenderse a todas las variantes de la mediación, para huir del fraccionamiento y atomización que padece hoy esa institución.

Por tanto, por las razones expuestas en el apartado anterior, el estatuto del mediador, debería ser común a todas las opciones que presente a la mediación según el ámbito del derecho en el que se aplica. Objetivo este que se alcanzaría precisamente disponiendo de un marco único y común para toda la mediación, es decir, dentro de una ley general de mediación. Repetimos, no tiene ningún sentido que no se exija la misma aptitud y formación en las distintas variantes opcionales de la mediación. La actual dispersión normativa de la mediación, tanto territorial como sectorial, no favorece el desarrollo de este medio de solución de conflictos; un tratamiento legislativo unitario en sus líneas fundamentales llevaría aparejada la disminución de las instituciones de mediación actualmente existentes en nuestro país, porque favorecería la unificación de los centros de mediación, que tendrían diversas listas o paneles de mediadores según la especialidad requerida por los operadores y usuarios de las mismas.

3. Sobre el control notarial y judicial del acuerdo de mediación

Como es sabido para que el acuerdo de mediación alcanzado por las partes tenga plena eficacia jurídica (arts. 1091 y 1254 Cc), y, por tanto, su aceptación requiere el cumplimiento voluntario de las partes (principio de «puerta abierta»). Pero, debe tenerse en cuenta qué aun existiendo esa aceptación y cumplimiento voluntario del acuerdo recogido en el acta final, por sí mismo no es título ejecutivo para instar su ejecución forzosa, sino que lo sería solo mediante la elevación a escritura pública otorgada ante notario que recoja ese acuerdo (arts. 25 y 26 LM).

La cuestión a observar con detenimiento está en que para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, *el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no sea contrario a Derecho* (art. 25.2º LM). Se ha de tener en cuenta que el acuerdo de mediación que sea elevado a documento público queda según ese precepto pendiente o suspendido de un control final por parte del fedatario público para ser plenamente válido y eficaz.

Ese control notarial finalista, tiene una doble vertiente: la formal y la material o de fondo. Formalmente el fedatario debe verificar que la mediación cumple con los principios que informan esa institución, con los requisitos de capacidad y aptitud profesional del mediador y con el procedimiento garantista seguido por las partes marcado en la Ley 5/2012. Hasta aquí podría admitirse ese control finalista, aunque podría darse la situación —como ya hemos apuntado más atrás— que el notario verificase que el mediador no reúne las condiciones de capacidad y formación

requeridas legalmente, en cuyo caso, debería hacer la observación pertinente y la mediación quedaría sin efectos jurídicos frente a terceros, perdiendo su carácter de título ejecutivo.

Pero mayores problemas plantea el control sustantivo del notario al tener que verificar que el contenido material del acuerdo no se a contrario a Derecho, es decir, a ninguna de las normas que nuestro ordenamiento jurídico exige con carácter necesario o imperativo. Lo cual puede arruinar la mediación como sistema breve y flexible y garantista de resolver conflictos.

Ambos controles a los que queda supeditado la eficacia y la ejecución del acuerdo son, desde mi punto de vista, excesivos y rigurosos y pueden resultar frustrantes para las partes e incluso un freno para el desarrollo de la mediación. Nada más lejos que poner en cuestión la necesaria seguridad jurídica que cumplen en nuestro ordenamiento la función notarial como pilar del Estado de Derecho, pero parece como si el legislador sintiese cierta desconfianza no solo hacia las partes sino sobre todo hacia el mediador y por ello se viera obligado a establecer esta fiscalización final previa a un eventual control judicial posterior, que por las razones que se van a indicar a continuación también nos parece rigurosa y excesiva.

El notario autorizante debería ceñirse a dar fe de la identidad de las partes, y en su caso del mediador o mediadores, de la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acuerdo adoptado, asegurándose de que la voluntad de las partes que se recoge en el acuerdo y se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada, verificando que la mediación en cuestión se ha seguido el procedimiento marcado en la Ley. Aquí debería terminar la función del notario sobre el acuerdo recogido en escritura pública. Extenderlo a que el contenido de este último no sea contrario a Derecho, es un exceso teniendo en cuenta que la propia Ley 5/2012, recoge que contra lo convenido en el acuerdo de mediación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4º LM); es decir, se configura en un segundo control material o de fondo, al que aludimos a continuación.

En efecto, en ese último precepto se prevé un control judicial sobre la validez del laudo conforme al art. 1300 y ss Cc, siempre que ese adolezca de alguno de los vicios que invalidan los contratos con arreglo a la Ley.

Este último control judicial tampoco debe escapar de la sana crítica no obstante su pretendido benéfico fin. Téngase en cuenta que los mediadores no tienen porque se juristas, y además no son ellos quienes imponen el acuerdo y por ello no es dado exigirles un conocimiento del Derecho, como tampoco a las partes de los requisitos de los contratos y sus porosas y no siempre claras causas de invalidez.

Estas medidas de control, sin duda establecidas con el mejor de los propósitos suponen un punto de fuga de la Ley 5/2012, y en el futuro si se llegase a promulgar una ley general de mediación también lo serían para esta de mantenerse esos preceptos con la actual redacción.

¿Cuál es, entonces, la propuesta? Sencillo. Reproducir si no miméticamente, si al menos en su espíritu los motivos de nulidad previstos en la Ley de Arbitraje, ejercitables mediante una acción de

anulación, y no en el plazo de 4 años como es el término para la validez de los contratos según el art. 1301 Cc en relación con el art. 23.4º LM, sino de 2 meses siguientes a la notificación del acuerdo.

La mediación dado sus carácter flexible y breve, no puede quedar al albur de la validez y eficacia durante 4 años después del acuerdo alcanzado. Esta es una espita abierta a la inseguridad jurídica.

Por cierto, nada se dice en la Ley 5/2012, sobre los tribunales competentes — si se citan para la ejecución del acuerdo— para conocer sobre la impugnación sobre las posibles causas invalidantes del acuerdo. Debe entenderse dado el silencio del Legislador sobre este punto, que habrá de estarse a las reglas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinar el proceso declarativo correspondiente según el acuerdo alcanzado, atendiendo a la materia y a la cuantía (art. 248 ss LEC).

Si al hilo de la reflexión de estas líneas algún día se optase por el sistema anulatorio similar al de la Ley de Arbitraje, lo que insistimos se compadece mejor con la naturaleza de la mediación como sistema alternativo a la jurisdicción, entonces la acción de anulación del acuerdo de mediación debería sustanciarse por los cauces establecidos para el juico verbal, siendo las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente el competente para examinar y enjuiciar tal acuerdo de mediación.

III. CONCLUSIONES FINALES

Sin ningún ánimo de dogmatizar si no por simple coherencia con las líneas expuestas más atrás, se proponen las conclusiones siguientes:

- 1) El actual marco regulador de la mediación civil y mercantil española que llamaremos mediación reglada o regulada, no excluye de ese ámbito jurídico, la mediación libre o no sujeta a la mediación la Ley 5/2012 de 6 de julio, que sigue siendo plenamente viable y válida.
- 2) En la mediación reglada o regulada en el ámbito civil y mercantil, se han de observar con carácter preceptivo los principios informantes de la Ley 5/2012, el régimen del estatuto del mediador y el procedimiento marcado en esa Ley. Pero no es de obligada aplicación al mediador libre.
- 3) Las instituciones de mediación a que se refieren la Ley 5/2012, solo puede tener en sus listas como mediadores a las personas que reúnan las condiciones de capacidad y formación específica a que se refiere esa Ley y su Reglamento. Ningún mediador libre puede estar en esas listas.
- 4) Es conveniente para mantener una visión unitaria y no fraccionada de la mediación como institución indivisible que es, ir hacia un marco general, esto es, procede elaborar una ley general de mediación, que recoja de manera transversal y uniforme los mismos principios e idénticas exigencias de capacidad y formación para todos los mediadores, independientemente de la variante opcional y ámbito jurídico en el que intervenga (civil-mercantil, laboral, familiar, consumo, etc...).

- 5) No se compadece con la naturaleza y fin de la mediación el doble control de fondo notarial y judicial al que la Ley 5/2012 somete al acuerdo final de mediación. La función del fedatario público debería constreñirse a un control formal; y el control judicial debería quedar circunscrito al conocimiento de un reducido y tasado elenco de motivos anulatorios, meramente extrínsecos, que no implicaran una plena *cognitio*, sin extenderse a eventuales supuestos de infracción del derecho negocial; y ello porque, de lo contrario la finalidad última de la mediación, que no es otra que la de alcanzar una pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada por una revisión de fondo *a posteriori*, primero notarial y luego judicial.
- 6) Como consecuencia de la conclusión anterior, la acción anulatoria debería ejercitarse por el actor en el plazo de 2 meses y ante las Salas de los Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, por los cauces del juicio verbal.
- 7) Y, finalmente, desde esta perspectiva de impulso a la mediación y a la vez como remedio del colapso judicial, se debería exigir el intento previo de mediación como requisito de procedibilidad ineludible para interponer la acción judicial, para determinadas materias. Esto no atenta al principio de voluntariedad porque no se exigiría obligatoriamente que se celebre la mediación si no solo su intento, al que la parte requerida podría rehusar.

BIBLIOGRAFÍA

CARRETERO MORALES, E., «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», *Mediación y Resolución de conflictos: técnicas y ámbito* (H. Soletto Muñoz, dir.), 3ª ed., reimpr., Madrid, Tecnos, 2019.

QUINTANA GARCIA, A., «El papel de las instituciones de mediación», *Lawyer Press*, 27 de abril de 2013, Disponible en <http://lawyerpress.com>.

VALLEJO PÉREZ, G., *Métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Romano. Especial referencia a la mediación*, Madrid, Dykinson, 2002.

.....

(1) Sobre métodos alternativos del Derecho romano, G. Vallejo Pérez, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Romano. Especial referencia a la mediación*, Madrid, Dykinson, 2002.

[Ver Texto](#)

(2) E. Carretero Morales, «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», *Mediación y Resolución de conflictos: técnicas y ámbito* (H. Soletto Muñoz, dir.), 3ª ed., reimpr., Madrid, Tecnos, 2019, p. 134.

[Ver Texto](#)

(3)

Art. 4. *Contenido de la formación del mediador.* 1. La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.

2. La formación específica de la mediación se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento de la duración mínima prevista en este real decreto para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

Art. 5. *Duración de la formación en materia de mediación.* 1. La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva.

2. Será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida.

Art. 6. *Formación continua de los mediadores.* Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas.

La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador.

[Ver Texto](#)

- (4) Art. 7. *Centros de formación.* 1. La formación específica de los mediadores, incluida su formación continua, se habrá de impartir por centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia.
2. Los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia y reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en este Real Decreto para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.
3. Los centros remitirán al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida en atención a su titulación y experiencia, acompañando el modelo de certificado electrónico de la formación que entreguen a sus alumnos.
- En el certificado expedido por los centros de formación se hará constar, al menos, la titulación del alumno, las características de la formación recibida y la superación del curso.
4. Los centros de formación podrán organizar actividades de formación continua, especialmente de carácter práctico, dirigidas a los mediadores que ya contaran con formación inicial para el ejercicio de la

mediación.

Ver Texto

- (5) A. Quintana García, «El papel de las instituciones de mediación», *Lawyer Press*, 27 de abril de 2013, disponible en <http://lawyerpress.com>.

Ver Texto



La función jurídica e institucional de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales. Especial referencia a la mediación en el VI ASAC

The institutional and legal role of the autonomous procedures of settlement of collective labour disputes. Special regard to mediation in the 6th Agreement on Autonomous Settlement of Labour Disputes

El presente trabajo de investigación tiene el propósito de ofrecer una visión panorámica de la función de los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos laborales y de su bloque normativo regulador básico, tanto desde la perspectiva de la regulación internacional como nacional. En concreto, se ha elaborado un análisis técnico-jurídico y crítico del instrumento más relevante para los medios autocompositivos en el ordenamiento jurídico español, el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales, y del procedimiento más utilizado y eficaz, la mediación. En esta línea, dos de los avances más destacados del nuevo Acuerdo son: la profesionalización de los mediadores y la novedosa función preventiva que se le ha otorgado a la mediación, para intentar desligarla de su concepción tradicional como alternativa al proceso judicial.

Conflictos colectivos, Solución autónoma, VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales, Mediación.

This paper aims to offer a broad vision of autonomous procedures for the settlement of collective labour disputes and their basic regulatory block from both national and international perspectives of regulation. More specifically, this work provides a legal, technical and critical analysis of the most relevant instrument for consensual processes in Spanish law, the VI Agreement on Autonomous Settlement of Labour Disputes, as well as the most frequent and efficient procedure, mediation. Along these lines, two of the major advances of the new Agreement are: the professionalization of mediators and the new preventive function which mediation has acquired, in an attempt to separate it from its traditional conceptualisation as an alternative to judicial processes.

Collective labour disputes, Autonomous Settlement, VI Agreement on Autonomous Settlement of Labour Disputes, Mediation.



José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

Universidad de Granada



Alejandro Muros Polo

Personal Investigador Predoctoral en formación (FPU)

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

«Hay que convencerlos mediante la razón de que una perspectiva dada es mejor que otra; la experiencia que se les recomienda ha de persuadir y no obligar por la fuerza, si se quiere que los hombres acepten sus consecuencias con un sentimiento de satisfacción» (Harold J. Laski) (1)

I. INTRODUCCIÓN: LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS COMO VÍAS IDÓNEAS PARA RESOLVER EL CONFLICTO COLECTIVO LABORAL

La existencia de conflictos debe de ser considerada como un *elemento normal y natural* en toda sociedad mínimamente consolidada. Esta constatación determina que la realidad del conflicto es connatural e inherente a las sociedades modernas, forma parte del desenvolvimiento vital de la sociedad, constituye un elemento dinamizador de la misma y no tiene por qué ser reconducible al ámbito restringido de la patología social. Teniendo en cuenta lo anterior, no es de extrañar que a raíz de la generalización del trabajo asalariado con la I Revolución Industrial y Burguesa el conflicto se haya instalado en el campo de las relaciones laborales, habida cuenta de los intereses contrapuestos y la tensión permanente existente entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas (2) .

En este contexto, el Derecho ha tenido que actuar e institucionalizar o procedimentalizar la solución de los conflictos laborales, ya sea por la vía autónoma (por las propias partes) o por la vía

heterónoma (solución impuesta por tercero), con el fin de resolver —o prevenir— la conflictividad vinculada al mundo del trabajo. Y muy especialmente en el ámbito de los conflictos colectivos laborales sobre intereses, los sistemas democráticos, con apoyo en los textos normativos internacionales, reconocen el principio de autogobierno (autonomía-autotutela) para resolver tales conflictos. En efecto, a los sujetos colectivos se les asigna un poder autónomo para la autorregulación y autocomposición de sus intereses contrapuestos, así como se les reconoce mecanismos de autotutela colectiva (señaladamente, la huelga) para tratar de reestablecer el equilibrio entre partes con fuerza económica desigual. Sin olvidar que el convenio colectivo es el primer y fundamental procedimiento de solución de los conflictos colectivos (3) .

A modo de breve aclaración se debe de indicar que el conflicto colectivo es aquel que versa sobre la contraposición de los intereses colectivos derivados de la relación de trabajo. Intereses, por tanto, que pertenecen a un grupo de trabajadores —no meramente a una pluralidad de sujetos— hacia un determinado bien o bienes aptos para satisfacer una necesidad común a todos los que lo integran (4) . Luego podría decirse que lo que realmente caracteriza a este tipo de conflicto no es tanto el número de trabajadores afectados, sino más bien el objeto de la controversia, que trasciende el interés estrictamente individual (conflicto individual) o la suma de varios (conflicto plural) para afectar al interés de un grupo, como conjunto de sujetos que tienen una misma apreciación subjetiva de un bien o de una utilidad en función de una misma situación objetiva de la que son partícipes (5) .

Derivado de lo anterior, al existir un interés colectivo en el conflicto colectivo, es en las instancias de autocomposición elaboradas por los propios interlocutores sociales donde consecuentemente encuentran mayor acomodo para su solución (6) . Pero sobre todo son los conflictos colectivos sobre intereses los que mejor se adaptan a su resolución en los procedimientos autónomos. Entiéndase por conflictos de intereses aquellos en los que no existe una norma jurídica prefijada que resuelva la controversia en cuestión, a diferencia de los conflictos de derechos que se resolverán con la interpretación y/o aplicación de la norma que ya contiene la solución, labor generalmente encargada al Juez en las sociedades civilizadas (7) . Por ello, en los conflictos sobre intereses es donde se le otorga un mayor protagonismo a la vía autónoma para que sean las propias partes quienes resuelvan la controversia, ya sea a través de la negociación colectiva, ya sea con la ayuda de mecanismos extrajudiciales como la conciliación, la mediación o el arbitraje voluntario.

Ahora bien, ello no quiere decir que no se pueda acudir a los procedimientos autónomos para resolver conflictos de derechos y que se tenga que acudir exclusivamente a los tribunales, sino más bien que la interpretación dada en vía autocompositiva no puede tener carácter vinculante o impedir el acceso al proceso judicial, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, propio del art. 24 de nuestra Constitución española (8) .

Una vez precisado lo anterior, se puede delimitar el objeto de estudio aquí planteado: los procedimientos autónomos, creados por los propios agentes sociales a raíz de una habilitación normativa, que se valdrán de mecanismos extrajudiciales como la mediación o el arbitraje (9) , para resolver conflictos colectivos laborales como vía alternativa a la judicial. A tal fin, el presente trabajo persigue el objetivo de sistematizar las diferentes fuentes internacionales e internas de la

autocomposición en materia laboral; para posteriormente elaborar un estudio técnico-jurídico y crítico acerca del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (en adelante, VI ASAC) y, especialmente, de la mediación en dicho Acuerdo.

Como justificación de la especial atención al VI ASAC, suscrito por las organizaciones empresariales y de trabajadores más representativas (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT), se debe de resaltar su importancia, no solo porque es un procedimiento instaurado con clara voluntad de desarrollar mecanismos de solución de conflictos respetuosos con el art. 37.2º CE (10) y la normativa internacional, sino porque, además, es un acuerdo estatutario dotado de eficacia normativa general y directa para los todos las personas trabajadoras y empresarias en España (11) . Además, este Acuerdo estatal ha actuado como texto guía y orientador del conjunto de acuerdos autonómicos en materia de solución autónoma, así como canaliza aquellos conflictos que tienen un mayor alcance (si bien son minoría respecto al total), no solo por el número de trabajadores a los que afectan por tratarse de empresas grandes, sino por la repercusión general que tienen sobre el sistema de relaciones laborales (12) .

Asimismo, se ha optado por el estudio de la mediación en dicho Acuerdo, no solo porque sea el mecanismo más utilizado, en comparación con el arbitraje (13) , sino porque ofrece mayores ventajas a las partes. En este sentido, la mediación a través de un profesional imparcial, que presupone la conciliación, ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo (o transacción) a través de la propuesta de soluciones, que serán libremente aceptadas o no por las partes. El objetivo de la mediación es, por tanto, promover una negociación asistida en la que se alcancen soluciones adaptadas a las necesidades de los participantes y mutuamente aceptables; mejorando la comunicación y sus relaciones tanto en una perspectiva de presente como de futuro. Así, se economiza el conflicto y es más efectivo que la imposición de una norma por tercero (el árbitro), que muchas veces puede no resolver el conflicto de base (14) .

Para terminar, cabe indicar que no serán objeto de análisis aquellos procedimientos extrajudiciales que hayan sido creados por el Estado y, por tanto, carezcan del calificativo de autónomos (en su creación y/o gestión) (15) . En concreto, no formarán parte del presente trabajo de investigación, entre otros: el procedimiento de conflicto colectivo regulado en el RD-ley 17/1977; la conciliación administrativa como trámite preprocesal; las competencias conciliadoras, mediadoras y arbitrales de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; las facultades autocompositivas de la autoridad laboral, en especial, en los despidos colectivos; la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en los casos de «descuelgues» y su negociación fallida; o los supuestos de arbitraje obligatorio como forma de finalización de la huelga en determinadas circunstancias (16) , así como el denominado arbitraje electoral.

II. EL BLOQUE NORMATIVO REGULADOR BÁSICO DE LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS

1. A nivel internacional y europeo

Los textos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo vienen proclamando desde hace décadas la importancia de los procedimientos autónomos extrajudiciales de solución de

conflictos laborales. En especial, uno de los primeros tratamientos se encuentra en la Recomendación n.º 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios de 1951. Recomendación en la que se fijan las bases de los mecanismos autocompositivos del conflicto laboral en el sentido de aludir a: sus objetivos («*contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo*»); la composición paritaria de los organismos competentes («*representación igual de empleadores y trabajadores*»); las características del procedimiento («*voluntario, gratuito y expeditivo*»); la incompatibilidad durante su tramitación con otras medidas de conflicto («*si cuenta con el consentimiento de todas las partes interesadas, debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lockouts*»); y la formalización y eficacia de los acuerdos adoptados o del laudo arbitral («*deberán redactarse por escrito y considerarse equivalentes a los contratos celebrados normalmente*») (17).

En este mismo sentido incide la Recomendación n.º 130 de la OIT sobre el examen de reclamaciones de 1967. En concreto, la Recomendación reconoce en su ap. 17º la importancia del arbitraje, tanto de carácter privado como público, en la solución de las reclamaciones no resueltas por medio de los procedimientos internos a la empresa. Asimismo, el Convenio n.º 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública de 1978 recoge en su art. 8 que:

«la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

Por otro lado, el Convenio n.º 154 de la OIT sobre la negociación colectiva de 1981 establece que los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deberán de estar concebidos para contribuir a fomentar la negociación colectiva. Del mismo modo,

«las disposiciones del presente Convenio no obstaculizarán el funcionamiento de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva».

Y en último lugar, la correspondiente Recomendación n.º 163 sobre la negociación colectiva de 1981 resalta la importancia de

«adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que los procedimientos de solución de los conflictos de trabajo ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las opongá»,

con independencia del conflicto del que se trate.

En cuanto al ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 1961 y revisada, en su art. 6 relacionado con el «derecho de negociación colectiva» (18), indica que «para garantizar el ejercicio

efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes se comprometen: (...) a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales».

En el marco del Derecho de la Unión Europea, destaca la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en 1989, por la que se establece dentro del principio de libertad de asociación y negociación colectiva que «para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales, la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje» (punto 13º).

Por último, el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce no solo el derecho a la negociación colectiva por parte de trabajadores y empresarios y sus asociaciones, sino el derecho «a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». De este modo, el art. 28 CDFUE reconoce el «derecho de autocomposición y autotutela colectiva de los conflictos colectivos de intereses», tanto a través de medidas de solución pacífica del conflicto colectivo (conciliación, mediación y arbitraje), como a través de las medidas típicas de presión colectiva, señaladamente la huelga (19) .

2. A nivel nacional

En la misma línea que la normativa internacional, la Constitución Española reconoce en su art. 37.1º el derecho a la negociación colectiva laboral y en el 37.2º el derecho a adoptar «medidas de conflicto colectivo». En efecto, son en estos últimos términos ambiguos donde se incardinan los procedimientos autónomos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, pues en palabras del Tribunal Constitucional, entre las medidas de conflicto colectivo se encuentran «no sólo el planteamiento del conflicto (STC 74/1983), sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo» (STC 217/1991, de 14 de noviembre).

«En este sentido se puede decir que ha existido una 'explosión' de procedimientos de solución extrajudicial que han permitido una racionalización jurídica e institucional de la conflictividad laboral sirviendo a una suerte de "economía del conflicto" orientada hacia su solución dejando progresivamente en un plano subsidiario el recurso a las medidas de acción directa». Convirtiéndose, así, la acción directa en una medida *in extremis* cuando se hayan agotado los cauces previos de solución «pacífica», evitando, por tanto, la asunción de sacrificios patrimoniales por ambas partes en el litigio (20) .

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos sobre derechos, aunque sean de carácter autónomo, no podrán impedir el acceso a los tribunales a los sujetos individualmente considerados ya que ello implicaría vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De este modo, es posible afirmar que la solución de conflictos jurídicos no forma parte del contenido del art. 37.2º CE, pues el derecho a la tutela judicial efectiva marca un límite al derecho a la adopción de medidas de conflicto (21) .

Precisado lo anterior, son numerosas las referencias a los procedimientos autónomos de solución de conflictos que se encuentran recogidas en la normativa estatal, sobre todo tras su impulso por parte del legislador a partir de los años noventa con la Ley 11/1994, de 19 de mayo y las sucesivas reformas laborales de los años 2010, 2011 y 2012, aunque en estas últimas, por otro lado, se haya favorecido el uso del arbitraje obligatorio (22).

En efecto, el Título III del ET («*de la negociación colectiva y de los convenios colectivos*») alude en numerosas ocasiones a los medios autocompositivos del conflicto colectivo —en especial, a la mediación y al arbitraje—, regulados en acuerdos interprofesionales, convenios o acuerdos colectivos sectoriales, estatales o autonómicos (art. 83.2º y 3º ET), para solucionar controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91 ET); en casos de desacuerdo durante el período de consultas en supuestos de «*descuelgue*» del convenio colectivo aplicable y en defecto de acuerdo o intervención de la comisión paritaria del convenio (art. 82.3º ET) (23); o para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo en caso de pérdida de vigencia del convenio (art. 86.3º ET). Además, se prevé el derecho de la comisión negociadora de contar con la asistencia de asesores en las deliberaciones durante el proceso de negociación del convenio colectivo (art. 88.3º ET), así como se prevé la posibilidad de que las partes acuerden la intervención de un mediador designado por ellas durante la negociación (art. 89.4º ET). Tampoco hay que olvidar las menciones que se hacen a los procedimientos de solución autónoma en el contenido mínimo del convenio colectivo, tanto para el caso de la inaplicación de las condiciones previstas en el convenio como para el caso de las funciones atribuidas a la comisión paritaria (art. 85.3º.c) y e) ET).

Por otro lado, con la Reforma laboral de 2010 (RD-ley 10/2010, de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) se introducen los procedimientos de solución autónoma en el Título I ET («*de la relación individual del trabajo*») al servicio de los mecanismos de flexibilidad laboral interna y externa (24). Así, se añade prácticamente una idéntica previsión en cada uno de los procedimientos colectivos de movilidad geográfica (traslado colectivo), modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada y despido colectivo (respectivamente, arts. 40.2º, 41.4º, 47.1º y 51.2º) para sustituir el período de consultas, previo acuerdo de las partes, «por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo para dicho período». En cambio, nada se dice en el art. 44.9º ET (25), relativo al período de consultas en caso de previsión de adopción de medidas laborales con motivo de la transmisión de empresa, aunque nada impide su sustitución por el procedimiento de mediación o arbitraje correspondiente (26).

Los diversos medios autocompositivos del conflicto laboral se articulan no solo a través de los diferentes acuerdos interprofesionales a nivel estatal y autonómico del art. 83.3º ET, sino también a través de convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o

autonómico (art. 83.2º ET).

Por último, otras alusiones a los medios autocompositivos de resolución del conflicto colectivo laboral se encuentran en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En concreto, los arts. 63 y 156 LRJS prevén que el trámite preprocesal de la conciliación o mediación previas se puedan llevar a cabo ante los órganos que asuman estas funciones en virtud de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos del art. 83 ET, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el art. 13 y el ap. 1 del art. 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

3. A nivel convencional

Como apunta la doctrina, la normativa estatal contiene un amplio elenco de alusiones a los procedimientos de autocomposición de conflictos laborales, indicando en qué caso se pueden acudir a los mismos, aunque sin concretar su régimen jurídico concreto, el cual se deja en manos de la negociación colectiva (27). Por esta razón los procedimientos de solución pacífica extrajudicial de conflictos colectivos pueden incluirse más bien en el más amplio principio de autonomía colectiva negocial *ex art. 37.1º CE*, donde se ha producido su desarrollo (28).

En esta línea, los diversos medios autocompositivos del conflicto laboral se articulan no solo a través de los diferentes acuerdos interprofesionales a nivel estatal y autonómico del art. 83.3º ET, sino también a través de convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico (art. 83.2º ET). Asimismo, se da la posibilidad de regular determinados procedimientos de mediación o arbitraje en el convenio colectivo aplicable a la empresa o, en su caso, en el acuerdo colectivo del mismo ámbito o un acuerdo interconfederal de que se trate, aunque sin olvidarnos de la posibilidad de acordar mediaciones o arbitrajes *ad hoc* por los negociadores para el caso concreto (29).

Sin embargo, más bien es cierto que los diferentes convenios de empresa o convenios sectoriales cuando se refieren a los procedimientos autónomos en su regulación, remiten a los diferentes acuerdos estatal y autonómicos, siendo excepcional o esporádico, por tanto, la previsión de otros procedimientos diferentes de solución de conflictos (30). Ello es muestra de la maduración y plena consolidación y utilización que han obtenido los diferentes acuerdos interprofesionales estatales y autonómicos al amparo del art. 83.3º ET en nuestro sistema de relaciones laborales (31); éxito principalmente de la negociación colectiva, apoyada por la actuación del legislador y la Administración (32).

Así lo acreditan los diferentes acuerdos de solución autónoma a nivel estatal, desde el primigenio Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos (I ASEC), suscrito el 25 de enero de 1996, hasta el actual Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC), al que se dedican las siguientes páginas y en el que se han ido consolidando los avances de los anteriores acuerdos y se han introducido mejoras. Asimismo, dichos acuerdos estatales han sido complementados por los diferentes acuerdos a nivel autonómico y sus organismos que, por sus siglas, son: SERCLA (Andalucía), SAMA (Aragón), SASEC (Asturias), TAMIB (Baleares), TLC

(Canarias), ORECLA (Cantabria), JURADO ARBITRAL (Castilla-La Mancha), SERCLA (Castilla-León), TLC (Cataluña), Instituto Laboral (Comunidad de Madrid), TAL (Comunidad Valenciana), ASEX-EX (Extremadura), AGA (Galicia), TLR (La Rioja), ORCL (Murcia), TLN (Navarra) y PRECO (País Vasco).

III. EL VI ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS LABORALES. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. Cuestiones introductorias

A partir de los años ochenta es cuando los interlocutores sociales y la doctrina científica empezaron a mostrar más atención a los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales y su regulación. A tal fin, los grandes acuerdos de concertación social (ABI, AMI, AI, AES) intentaron establecer sistemas autocompositivos de resolución de conflictos laborales, aunque sin éxito, ya que tales pactos no fructificaron a causa de la situación política del país y del razonable buen funcionamiento de la jurisdicción especializada en estos momentos (33).

No fue hasta el año 1996, en cambio, cuando se firmara el primer ASEC y se creara el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, aun cuando ya habían existido acuerdos autonómicos anteriores, como el vasco, el catalán o el gallego. A raíz de aquí se sucedieron los diferentes acuerdos estatales (el ASEC-II, suscrito el 31 de enero de 2001; el ASEC III, de 29 de diciembre de 2004; el ASEC IV, de 10 de febrero de 2009 y el V ASAC de 7 de febrero de 2012) hasta llegar al actual VI ASAC, en el que se han mejorado diversos aspectos, sobre todo en la sistemática, y se han introducido diversas novedades en materia de: agilidad y eficiencia de los procesos; ampliación del ámbito de aplicación al empleo público y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes; reforzamiento de la formación de las personas mediadoras hacia un modelo común; introducción de la mediación preventiva y de su función como impulsor de la negociación colectiva (34).

Generalmente, las motivaciones que han impulsado a la negociación colectiva a crear un sistema autónomo de solución de conflictos laborales se pueden resumir en: acabar con la excesiva judicialización de las relaciones laborales y la adquisición por parte de los agentes sociales del control en la gestión del conflicto colectivo como manifestación del principio de la autonomía colectiva (35). Y dicha motivación se refuerza en el Preámbulo del VI ASAC cuando se indica que: «no en vano su balance se proyecta en la mejora de los contenidos de los convenios colectivos y, por ende, de los derechos de las personas trabajadoras, y en la competitividad y productividad de las empresas» aunque «también ha contribuido a mejorar la comunicación y el encuentro entre las partes, abordando la resolución de las discrepancias mediante la negociación y el acuerdo, reduciendo el nivel de conflictividad, como alternativa a la judicialización de nuestro sistema de relaciones laborales». En este sentido, en el V ASAC se optó por modificar el adjetivo de «extrajudicial» por el de «autónoma», en la idea de configurar «una verdadera alternativa a la vía judicial que permitiera, a través de la autonomía colectiva, instaurar un buen clima laboral en las empresas».

2. Naturaleza y eficacia jurídica del VI ASAC

El presente Acuerdo, suscrito al amparo de lo establecido en los títulos I y III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en los arts. 2 h), 63, 65.3º y 4º, 68, 156.1º y 236, entre otros, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, constituye un acuerdo interprofesional sobre materia concreta del art. 83.3º ET, al versar sobre una materia concreta como es la solución autónoma de los conflictos colectivos laborales.

En consecuencia, el ASAC está dotado de eficacia general y directa (art. 3.2º VI ASAC). En efecto, si bien las anteriores versiones del Acuerdo necesitaban de una adhesión posterior, al carecer de eficacia *erga omnes*, el V ASAC ya previó, con algunas dudas, la universalidad de los procedimientos de mediación y arbitraje a salvo de que las partes hubieran indicado lo contrario en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor del citado Acuerdo. En esta línea, acabando con el debate doctrinal (36), el nuevo ASAC se aplica a todos los trabajadores, empresarios y organizaciones de estos, que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, sin que se prevea ni siquiera la opción de «*desadherirse*» en un breve plazo de tiempo.

Además, se reconoce explícitamente que por convenio colectivo o acuerdo colectivo sectorial estatal o convenio de empresa, grupo de empresa o empresas vinculadas que cuenten con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, se puedan establecer sistemas propios de solución de conflictos no integrados en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, aunque si estos no operan en todo el ámbito funcional del presente Acuerdo, el mismo se aplicará a lo no dispuesto por los otros sistemas (art. 3.3º VI ASAC).

3. El objeto del VI ASAC y sus exclusiones

El art. 1 del VI ASAC, referente a su objeto, ya se refiere a dos de sus novedades más importantes. Por un lado, reconoce como objeto del presente Acuerdo el mantenimiento de un sistema autónomo no solo de solución sino de prevención de conflictos colectivos laborales surgidos entre empresas y trabajadores, o sus respectivas organizaciones representativas. Por otro lado, se refiere como otro de sus objetivos al «impulso de la negociación colectiva con pleno respeto de la autonomía de las partes y la realización de cuantas acciones se estimen oportunas para mejorar la calidad y el conocimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos». Funciones de fomento y mejora de la negociación colectiva que se encargan al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (en adelante, SIMA), tal y como se establece en el ámbito funcional del ASAC, lo cual supone un avance —aunque poco detallado—, más aún ante la inexistencia de un organismo público con tales funciones, habida cuenta de que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos no las tiene atribuidas (37).

Por otro lado, El art. 1.2º del VI ASAC excluye de su ámbito de aplicación objetivo —lo que, a contrario, podría significar que los conflictos colectivos no incluidos aquí, entrarían en su ámbito de aplicación (38)— los siguientes conflictos: los que versen sobre Seguridad Social, con excepción de los que recaigan sobre Seguridad Social complementaria, incluidos los planes de pensiones (39); así como los conflictos en que sean parte Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, no solo por su condición de Administración Pública, sino más bien por no casar con el ámbito territorial del

ASAC.

El SIMA tiene sus propias normas de funcionamiento y procedimiento, las cuales regulan el funcionamiento diario del Servicio, la distribución de las tareas, el procedimiento de citación y notificación y la publicidad de sus actuaciones.

Esta segunda exclusión ha sido reformulada con respecto al anterior Acuerdo, en el sentido de eliminar cualquier referencia a la Administración General del Estado y sus organismos dependientes o vinculados (40), dando por concluida la anterior situación de ambigüedad que se producía al estar sus conflictos, por un lado, excluidos y, por otro lado, posiblemente incluidos en virtud de la disposición adicional tercera (41).

4. La Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje

En este sentido, procede indicar que el SIMA es una institución tripartita constituida por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del VI ASAC (recordemos, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y la Administración General del Estado, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, que, a su vez, constituye el soporte administrativo y de gestión de los procedimientos y actuaciones en el marco del ASAC. En efecto, se trata de una Fundación del Sector Público Estatal —por ello aparecen las siglas SIMA-FSP a lo largo del texto normativo—, tutelada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, cuyos recursos son de carácter público y sus actuaciones gratuitas (art. 5 VI ASAC).

En cuanto al funcionamiento del SIMA, este tiene sus propias normas de funcionamiento y procedimiento, las cuales regulan el funcionamiento diario del Servicio, la distribución de las tareas, el procedimiento de citación y notificación y la publicidad de sus actuaciones (42). En concreto, el SIMA recibirá los escritos a que den lugar los procedimientos, efectuará las citaciones y notificaciones, registrará y certificará los documentos oportunos y, en general, se encargará de cuantas tareas sean precisas para posibilitar y facilitar el adecuado desarrollo de los servicios que presta, de conformidad con lo que se dispone en este Acuerdo y en sus disposiciones de funcionamiento. Además, las letradas y letrados del SIMA velarán por las garantías y legalidad de los procedimientos y levantarán actas, las cuales serán suscritas por las partes, el mediador o árbitro, así como por las propias letradas y letrados (art. 6 VI ASAC).

Por último, «el SIMA-FSP velará para que en el desarrollo de los servicios que presta se contemple la perspectiva de género» (art. 5.4º.VI ASAC).

5. Ámbito temporal del VI ASAC

En un primer momento la firma del presente Acuerdo estaba prevista, según los medios, para el día

16 de marzo de 2020. Sin embargo, a causa de la pandemia, sus consecuencias y restricciones, finalmente el VI ASAC no se firmó hasta el día 26 de noviembre de 2020, sin que haya habido cambios significativos en su redacción en la línea de fomentar aún más los procedimientos autónomos, lo cual se puede interpretar como una oportunidad perdida o un ejercicio de templanza, responsabilidad y análisis de la situación por parte de los interlocutores sociales (43).

De este modo, el ámbito temporal se encuentra delimitado por el art. 2.2 VI ASAC, donde se estipula que el Acuerdo tendrá vigencia desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (esto es, 24 de diciembre de 2020) hasta el 31 de diciembre de 2024, prorrogándose a partir de tal fecha por sucesivos períodos de cuatro años en caso de no mediar denuncia expresa de alguna de las partes con una antelación mínima de seis meses a la terminación de cada período. En efecto, una vez que se produzca la citada denuncia por escrito, las partes deberán negociar con vistas a renovar el mismo.

Se reduce así el tiempo de prórroga de 5 años, previsto en el V ASAC, a un período de 4 años, aunque tal cambio no es significativo ya que el Acuerdo denunciado extiende su aplicación durante el tiempo de negociación y hasta que se llegue a un nuevo acuerdo, impidiendo de este modo el vacío regulatorio (44) y concediendo una suerte de ultraactividad indefinida, en lugar de los doce meses que contemplaba el V ASAC, lo cual podría paralizar las funciones del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje. Es por ello que se valora como positivo este cambio regulatorio que garantiza la continuidad de las funciones de solución autónoma de conflictos colectivos en el ámbito nacional (45).

6. Ámbito territorial del VI ASAC

El VI ASAC circunscribe su ámbito de aplicación, como ya habían hecho sus antecesores (46), a la totalidad del territorio español, siempre que se trate de conflictos recogidos en su ámbito funcional y las actuaciones a desarrollar o las controversias a resolver se susciten en alguno de los siguientes ámbitos (art. 2.1 VI ASAC):

- *«Sector o subsector de actividad que exceda del ámbito de una Comunidad Autónoma».* De lo contrario, se aplicarán los diferentes acuerdos interprofesionales autonómicos.
- *«Empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas cuando se afecte a varios centros de trabajo o empresas radicadas en diferentes Comunidades Autónomas».*
- La única excepción aparente al ámbito superior de la Comunidad Autónoma se encuentra en: *«empresas, grupo de empresas o pluralidad de empresas vinculadas o centros de trabajo de las mismas que se encuentren radicados en una Comunidad Autónoma cuando estén en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo sectorial estatal, y de la actuación realizada o de la resolución del conflicto puedan derivarse consecuencias para empresas y centros de trabajo radicados en otras Comunidades Autónomas».* Lo cual da a entender que realmente sí quedan afectadas varias Comunidades Autónomas (la de la empresa que tiene el conflicto y la de la empresa/s a las que les van a afectar las acciones o la resolución de dicha controversia). En todo caso, se añade una tercera cautela ya que el art. 2.1º.c) recoge la obligación de que el referido convenio prevea

expresamente tal posibilidad (47) .

A pesar de que los distintos acuerdos, estatal y autonómicos, de solución de conflictos no se solapan entre sí, no es menos cierto que la delimitación del ámbito del conflicto suele ser bastante polémica, pues este no siempre aparece con su dimensión real, ya que se puede exteriorizar o formalizar en un ámbito más reducido (48) . No se olvide la disposición adicional primera que permite que se someta el conflicto a los procedimientos autonómicos, siempre que sea posible y exista acuerdo.

7. Ámbito funcional del VI ASAC

La delimitación funcional o material del VI ASAC se encuentra contenida en el art. 4. Sin embargo, como paso previo a especificar cuáles son los conflictos colectivos que entran dentro de su ámbito de aplicación, el art. 4 alude a las dos mencionadas nuevas funciones presentes en el VI ASAC. Por un lado, el apartado primero se ocupa de la novedosa tarea del SIMA de impulsar y fomentar la negociación colectiva (al igual que expresa el art. 1.1º), adoptando, entre otras opciones, «iniciativas para estimular la actividad de quienes negocian en las respectivas unidades de negociación, sugerir el desarrollo de contenidos o alentar actitudes proactivas en la gestión de todo lo concerniente a la negociación colectiva». Por otro lado, el apartado segundo del art. 4 se ocupa de la denominada mediación preventiva, a petición de ambas partes y conforme a los términos que establezca la Comisión de Seguimiento, siempre que las distintas posiciones pudieran derivar en alguno de los conflictos incluidos en el art. 4.3º.

En efecto, se trata de dos de las novedades más importantes del nuevo ASAC que, en cambio, no gozan de una adecuada técnica de redacción desde el punto de vista sistemático. Lo referente al impulso de la negociación colectiva debería de haberse incluido o bien en el art. 1 relativo al objeto del Acuerdo, o bien en el capítulo II del Título I dedicado al SIMA, desarrollando de manera más detallada, a su vez, el contenido de este deber. Asimismo, lo referente a la mediación preventiva debería de haberse incluido en el Título II del VI ASAC que, precisamente, se titula «*procedimientos de prevención y solución de conflictos*».

Más allá de lo anterior, el apartado tercero del art. 4 recoge un listado detallado de los conflictos colectivos que configuran el ámbito funcional, con exclusión de los conflictos individuales, los cuales tienen también una aplicación muy restringida en los acuerdos autonómicos (49) , así como se excluyen los conflictos y ámbitos no recogidos en este artículo, incluidos en los acuerdos autonómicos o que estén establecidos en los convenios colectivos de aplicación (art. 4.6 VI ASAC). Por tanto, serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo los siguientes conflictos laborales:

- Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el art. 153 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (50) , sin perjuicio de la preceptiva intervención de la comisión paritaria del convenio en los supuestos de conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos, según lo que se establece en los arts. 85.3º.e) y 91.3º del ET. Asimismo, el art. 11.1º VI ASAC se ocupa de tal intervención preceptiva de la comisión paritaria del convenio colectivo estatutario y de su posible intervención en los casos de conflictos de interpretación y aplicación de otros acuerdos o pactos colectivos si tienen

establecida dicha comisión. En todo caso, para no alargar su proceso de actuación, sin el cual no se puede iniciar el procedimiento de mediación o arbitraje del VI ASAC, se limita el trámite a 10 días hábiles (en el anterior ASAC eran 15 días), siempre que el propio convenio colectivo no plantee un plazo distinto. Con esta nueva redacción, el Acuerdo pretende dotar de mayor agilidad a esta obligación, no solo reduciendo su plazo, sino abriendo la posibilidad de que se pueda evitar el trámite, si se solicita y se justifica la imposibilidad de cumplirlo (51).

En cuanto a la legitimación para solicitar la mediación o el arbitraje por mutuo acuerdo (mismos sujetos *ex art.* 21 VI ASAC) en estos supuestos, el art. 14.2º.a) reconoce tal posibilidad a los sujetos que estén capacitados para promover demanda de conflicto colectivo en vía jurisdiccional en virtud del art. 154 LRJS (52).

- Las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la adopción de acuerdos, para la solución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. En este caso, la legitimación recaerá en quien determine el convenio colectivo y, en defecto de regulación, a la mayoría de una (o las dos si es arbitraje) de las representaciones de la comisión paritaria (art. 14.2º.b) VI ASAC).
- Los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo que conlleve bloqueo. De este modo, para el caso de la negociación fallida para la renovación de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, el art. 86.3º ET remite a los acuerdos interprofesionales sobre procedimientos autónomos para que estipulen los procedimientos de aplicación general y directa para solventar tales discrepancias, así como específicamente para que se establezcan los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, indicando, a su vez, el carácter voluntario u obligatorio del mismo. En esta línea, el VI ASAC declara que en estos supuestos el sometimiento a arbitraje es de carácter voluntario, salvo en el caso de que se hubiera estipulado expresamente lo contrario en el convenio colectivo denunciado y se hayan superado los plazos máximos de negociación recogidos en el propio convenio colectivo sin haberse alcanzado acuerdo (arts. 1.3º y 9.1º.b) VI ASAC).

Además, no será preciso el transcurso de plazo alguno para someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo cuando sea solicitado conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el convenio con eficacia general, esto es, las partes legitimadas para la negociación. Sin embargo, si lo que se pretende es solicitar la mediación sin mutuo acuerdo, cualquiera de las partes podrá hacerlo, siempre que cuente con la mayoría de dicha representación y hayan transcurrido cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora. No se exigirá la mayoría, si así estuviera previsto en el convenio colectivo y se hayan superado los plazos máximos de negociación recogidos en el convenio (art. 14.2º.c) VI ASAC).

- Los conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente. En este caso también se prevén plazos diferentes para acceder a los procedimientos autónomos del ASAC: por un lado, tres meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora, salvo que se contemple en el propio pacto o acuerdo que se pretende renovar un período distinto; por otro lado, no se exigirá período alguno cuando la mediación se solicite de forma acordada por ambas representaciones.

- Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en los periodos de consultas previstos en el ET para los supuestos de: movilidad geográfica (art. 40); modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41); suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas o derivadas de fuerza mayor (art. 47); despido colectivo (art. 51) e inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable (art. 82.3º). Además, también se incluyen en el ámbito funcional del VI ASAC, a pesar de la falta de alusión comentada en el ET, a los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el período de consultas si con motivo de la transmisión de empresa se prevén medidas laborales en relación con los trabajadores (art. 44.9), siempre que no se refieran a traslados colectivos o a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

En efecto, el ET ha previsto a través de una fórmula parecida, con escaso éxito (53), que en todos los supuestos comentados se puedan sustituir los periodos de consultas por los procedimientos de mediación y arbitraje que sean de aplicación en el ámbito de empresa (no solo los propios del ASAC o acuerdos autonómicos, sino también los que se regulen en el propio convenio colectivo aplicable *ex art.* 85.1º ET). Sin embargo, el mayor escollo se sitúa en el plazo que se estipula para llevar a cabo dichos procedimientos autónomos, ya que deberán desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para las consultas que, generalmente, será de quince días (o 30 si se trata de despido colectivo en empresas de más de 50 trabajadores). De hecho, esta excesiva rigidez hace muy difícil que se puedan sustituir las consultas por procedimientos de mediación o arbitraje, a menos que, por ejemplo: el *dies a quo* del plazo se fije en la fecha en que se haya acordado la sustitución (54); se produzca la renuncia de la empresa al plazo legal máximo de duración de las consultas al amparo del art. 6.2º Cc ya que este se especificó en su beneficio (55); o bien se inicien las negociaciones con suficiente anterioridad a la comunicación formal de inicio de las consultas para que dentro ya de estas se desarrolle el procedimiento de mediación o arbitraje (56).

- La sustitución del período de consultas por la mediación o arbitraje, acordada por el juez, en el marco de un proceso concursal, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de las personas trabajadoras (art. 176.2º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal).
- Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos, de forma previa al inicio de la vía judicial, los cuales estarán originados en la ilegalidad o lesividad del convenio (arts. 90.5º ET y 163.1º LRJS). Dentro de la ilegalidad habrá que entender tanto la vulneración de las normas de procedimiento que recoge el Título III del ET (principio de buena fe negocial, no concurrencia, legitimación para negociar, etc.) como la vulneración de las materias inderogables por norma convencional, ya sea las previstas en un «*convenio para convenir*» —acuerdo interprofesional estructural o sobre materia concreta— (57), así como las previstas en el derecho necesario, absoluto o relativo (58). En cuanto a la impugnación del convenio por lesividad a tercero se requiere, por tanto, «la existencia de un daño con tal origen, no potencial o hipotético, sino verdadero y real, de entidad grave, no necesariamente causado con *animus nocendi*, que afectare a un interés de aquel, jurídicamente protegido, o que se le hubiera producido por quienes negociaron el convenio, usando abusivamente de sus derechos o contraviniendo de otro modo el

ordenamiento jurídico» (STS 15 de marzo de 1993, rec. 1730/1991).

En este sentido, los sujetos legitimados para solicitar la mediación o arbitraje serán aquellos que, a su vez, están legitimados para impugnar los convenios colectivos *ex art.* 165 LRJS (art. 14.2º.f) VI ASAC). Esto es, si la impugnación se fundamenta en ilegalidad: los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores; los sindicatos y asociaciones empresariales interesadas; el Ministerio Fiscal, la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito; así como el Instituto de la Mujer o su homólogo en el ámbito autonómico si se impugnan cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. Lógicamente, si la impugnación se fundamenta en lesividad, la legitimación reside en los terceros cuyo interés ha resultado gravemente lesionado, sin que se pueda entender por estos a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

- En consonancia con el art. 82.3º ET, el ASAC contempla los conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de las personas trabajadoras, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales (59) . En efecto, el acceso a la mediación o arbitraje se prevé como una de las cuatro fases o posibilidades para el descuelgue de las condiciones pactadas en el convenio colectivo, tras el fracaso del período de consultas, la acción o inacción de la comisión paritaria y con anterioridad a la resolución por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (60) . Estando legitimado para solicitar los procedimientos autónomos de resolución quienes estén capacitados para interponer demanda de conflicto colectivo (art. 14.2º.a) VI ASAC).
- Los conflictos que den lugar a la convocatoria de huelga, los que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga, así como aquellos que den lugar a las iniciativas que producen su desconvocatoria. Estos últimos conflictos introducidos con la nueva redacción del ASAC en apoyo de las iniciativas que puedan ayudar a la desconvocatoria de la huelga, lo cual pretende incidir aún más en la voluntad de los agentes sociales de minimizar las huelgas y promover su carácter residual (61) .

Por otro lado, la legitimidad para solicitar los trámites de mediación o arbitraje reside en los convocantes o la representación empresarial, aunque en los conflictos sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento, residirá en el comité de huelga o la representación empresarial.

- Por último, el VI ASAC introduce de forma novedosa una referencia a *«cualquier otra discrepancia en la negociación colectiva o en su aplicación, incluidos los diagnósticos y planes de igualdad que, a juicio de las partes, merezcan nuevas posibilidades de negociación»*. De este modo, se hace referencia a una especie de cajón de sastre (62) para incluir cualquier tipo de controversia que pueda aparecer en el procedimiento de negociación colectiva, en una concepción omnicomprendensiva de la misma más allá de los convenios colectivos en sentido estricto y la negociación de acuerdos de empresa (63) . Por otro lado, también se hace alusión a los planes de igualdad y a los diagnósticos previos más aún tras el reciente Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre

mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que ha extendido la obligación de suscribir un plan de igualdad a las empresas que tengan 50 o más trabajadores (64) . Efectivamente, el art. 5 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, prevé que «en caso de desacuerdo, la comisión negociadora (de los planes de igualdad) podrá acudir a los procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, si así se acuerda, previa intervención de la comisión paritaria del convenio correspondiente, si así se ha previsto en el mismo para estos casos».

Asimismo, el citado art. 4.3º.k) finaliza con un llamamiento a que el recurso a la solución autónoma no sea un mero paso previo a la vía judicial, en el sentido de que, al menos, se alcancen acuerdos parciales para poner fin a la controversia y así generar un mejor clima de relaciones laborales (65) .

8. Posible ampliación del ámbito de aplicación del VI ASAC a los empleados públicos y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes

El mismo artículo dedicado al ámbito funcional prevé su extensión al empleo público y a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, respectivamente, en los preceptos 4.4 y 4.5 VI ASAC.

En efecto, la disposición adicional tercera del V ASAC ha sido sustituida, por un lado, por la siguiente previsión del art. 4.4º:

«se incluyen en el ámbito funcional del VI ASAC los conflictos que se susciten entre las empleadas y empleados públicos y la Administración General del Estado, los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios, siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del art. 45 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (66) y su legislación de desarrollo, con respeto de las normas imperativas aplicables en su ámbito. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral».

De este modo, se posibilita la inclusión de los conflictos en que sean parte la Administración General del Estado en el VI ASAC, con una redacción omnicompreensiva de todas las agencias, organismos, fundaciones o corporaciones de Derecho Público, entre otras, vinculadas o dependientes del Estado (67) , siempre que para los funcionarios públicos se produzca el acuerdo de adhesión expresa del art. 45 del Estatuto Básico del Empleado Público y se respeten los siguientes límites: intervención previa de la Comisión Paritaria para los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, así como exclusión de los conflictos sobre materias en las que exista reserva de ley. Sin embargo, dicha extensión no será muy operativa ya que según doctrina autorizada la adhesión solo podrá ser a los efectos de utilización de los medios personales y materiales del SIMA, sin que la adhesión se refiera propiamente a la regulación contenida en dichos acuerdos interprofesionales acerca del desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje, ya que será necesario un desarrollo reglamentario, tal y como indica el art. 45.5º EBEP (68) . Es más, la validez de los acuerdos de mediación o del laudo arbitral pueden verse truncados ya que se necesitará la posterior aprobación expresa del órgano público competente, sin la cual se reduce la validez de la negociación

y se abre la posibilidad de que tales órganos sean quienes establezcan las condiciones de trabajo (69).

En cuanto al personal laboral, a pesar del tenor literal del art. 4.4º VI ASAC («*con los mismos requisitos*»), será necesaria igualmente la adhesión al Acuerdo estatal, aunque no por la vía del art. 45 EBEP, sino por la del art. 92.1º ET (70) (sin que se haya producido tal adhesión a través del art. 21 del IV Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado, BOE de 17 de mayo de 2019, dedicado a la «*solución de conflictos colectivos*»). No obstante, a raíz de las especialidades en el empleo público laboral, a consecuencia de la naturaleza pública del empleador (71), más que una adhesión al actual ASAC se recomienda por la doctrina científica que se elabore un acuerdo interprofesional o convenio colectivo específico en materia de procedimientos de solución autónoma para el personal laboral (72).

Por último, el art. 4.5º VI ASAC, inspirado en la anterior disposición adicional tercera del V ASAC, reconoce que

«también podrán someterse a los procedimientos de este Acuerdo las controversias colectivas derivadas de acuerdos de interés profesional, que tienen eficacia limitada, de ámbito estatal o superior a una Comunidad Autónoma que afecten a más de una Comunidad Autónoma, siempre que voluntariamente así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa y respetando, en todo caso, lo previsto en el art. 18, apartados 1 y 4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en lo que se refiere a las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes».

Sin embargo, tal previsión de adhesión expresa, aun bienintencionada, ostenta los mismos problemas que la aplicación del ASAC al funcionariado, ya que solo se entiende respecto a que los TRADE puedan disfrutar de los medios materiales y personales del SIMA, sin que dicho Acuerdo sea aplicable en materia del procedimiento en sí de arbitraje y mediación, que se registrarán por las reglas civiles, con las carencias que ello implica (73).

9. El procedimiento de mediación en el VI ASAC

A) Aspectos generales

Recuérdese que en el VI ASAC, la mediación no solo tiene por objeto solventar las diferencias para resolver un conflicto, sino también para prevenirlo (74). Para tal labor, la mediación se llevará a cabo preferentemente por un órgano unipersonal o, en caso de acuerdo entre partes, por un órgano colegiado de dos personas que podrá elevarse a tres en los supuestos de comisiones paritarias de convenios que actúen como órganos específicos de mediación (art. 13.2 en remisión al art. 6.5º, párrafo segundo, VI ASAC).

La mediación será obligatoria previa a la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción social por cualquiera de las

partes sustituyéndose el trámite obligatorio de conciliación previsto en el art. 156.1º LRJS por la mediación regulada en el ASAC, salvo que las partes acuerden voluntariamente someterse a arbitraje

En la línea de la flexibilidad de los sistemas autónomos de solución, en comparación con la rigidez de los tribunales, el procedimiento de mediación no estará sujeto a ninguna tramitación preestablecida, excepto la designación de la persona o personas mediadoras y la formalización del acuerdo que, en su caso, se alcance (art. 13.4º). No obstante, el procedimiento de mediación deberá respetar en todo momento los principios rectores de gratuidad, celeridad, audiencia de las partes, imparcialidad, igualdad y contradicción (75), así como el código ético del SIMA-FSP, la legislación vigente y los principios constitucionales (art. 10 VI ASAC). En cuanto a la agilidad de los trámites y del proceso (respectivamente, arts. 13.5º y 18.1º VI ASAC), instada la mediación ante el SIMA, la primera reunión se celebrará en el plazo máximo de diez días hábiles y, en todo caso, el procedimiento de mediación se entenderá agotado en el plazo máximo de doce días hábiles desde el registro de la solicitud (plazos ampliados o reducidos por mutuo acuerdo).

Por otro lado, la regla general del presente Acuerdo es que la mediación sea obligatoria cuando una de las partes legitimadas la solicite, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes. Un ejemplo de esto último es la imposibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada o despido colectivo, cuando una de las partes lo solicite, habida cuenta de que el ET y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, exigen el acuerdo entre ambas partes. En efecto, a pesar de las referencias dudosas del art. 14.2º.d) VI ASAC a la voluntad unilateral, el acuerdo de sustitución del período de consultas necesita de la misma mayoría por parte de los representantes para alcanzar acuerdos en consultas, sin perjuicio de que se puede establecer su obligatoriedad en el convenio colectivo aplicable (76). En cambio, para los supuestos de desacuerdo en la inaplicación de condiciones colectivas estatutarias (art. 82.3º ET), sí que parece admitirse la mediación a solicitud de una de las partes.

Más allá de lo anterior, en cualquier caso, la mediación será obligatoria previa a la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción social por cualquiera de las partes y por ello se sustituirá el trámite obligatorio de conciliación previsto en el art. 156.1º LRJS por la mediación regulada en el ASAC, salvo que las partes acuerden voluntariamente someterse a arbitraje (77). Igualmente, la convocatoria de huelga requerirá, con anterioridad a su comunicación formal, la solicitud del procedimiento de mediación. En último lugar, aunque no se trata de mediación obligatoria a instancia de parte, en los supuestos de sustitución del período de consultas de los arts. 40, 41, 44.9º, 47, 51 y 82.3º ET, deberá de agotarse el procedimiento de mediación si así lo solicita, al menos, una de las partes con el fin de resolver las discrepancias que hubieran surgido del período de consultas, sin que ello equivalga a la ampliación de los plazos previstos en la Ley (art. 13, apartados

sexto, séptimo y octavo VI ASAC).

Uno de los efectos más importante de la iniciación del procedimiento de mediación es que impedirá la convocatoria de huelgas y la adopción de medidas de cierre patronal, así como el ejercicio de acciones judiciales o administrativas, o cualquier otra dirigida a la solución del conflicto, por el motivo o causa objeto de la mediación, en tanto dure ésta, con la excepción de las mediaciones promovidas con carácter previo a la convocatoria formal de huelga (art. 13.7º VI ASAC).

B) La solicitud del procedimiento de mediación

La promoción de la mediación se iniciará con la presentación de un escrito o solicitud dirigida al SIMA, la cual deberá de contener los siguientes extremos (78) :

- a) La identificación y los datos de contacto, incluida la dirección de correo electrónico: de la parte solicitante y, en su caso, de quien ejerza la representación; de los sujetos frente a los que se dirige la solicitud y, en su caso, de los sujetos colectivos que ostenten legitimación para acogerse al procedimiento en el ámbito de la pretensión; y de las posibles partes interesadas en el procedimiento y, en su caso, de las restantes organizaciones empresariales y sindicales representativas en dicho ámbito. Las Normas de Funcionamiento y Procedimiento del SIMA precisan que si el conflicto versa sobre la interpretación y aplicación de una norma, acuerdo o pacto, o es de los que dan lugar a la convocatoria de una huelga, también deberá incluirse la identificación de las restantes organizaciones empresariales y sindicales representativas en el ámbito en el que se suscita el conflicto.
- b) El objeto de la solicitud con especificación de los hechos y razones que fundamentan la pretensión (79) . Las citadas Normas del SIMA añaden una referencia a cuantos datos se consideren relevantes para la resolución del conflicto, así como a que en el caso de que la mediación se solicite para la solución de un conflicto que dé lugar a la convocatoria de una huelga, la solicitud contenga los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas y la fecha prevista para el inicio de la misma (en sintonía con lo establecido en el art. 19.1º VI ASAC). Es más, la descripción y enumeración de los hechos en la solicitud de mediación (preprocesal) deberá de hacerse de la manera más completa posible, habida cuenta de que en ningún caso se podrán alegar hechos distintos en la demanda en virtud del art. 80.1º LRJS (80) .
- c) El colectivo de personas trabajadoras afectadas por la solicitud y el ámbito territorial del conflicto.
- d) La acreditación de la intervención de la comisión paritaria —o de haberse dirigido a ella sin éxito— y el dictamen emitido, en su caso, en los supuestos que contempla el art. 11 VI ASAC (81) . En concreto, será preceptiva la intervención de la comisión paritaria cuando se trate de conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos o de conflictos de la misma naturaleza en otros acuerdos o pactos colectivos, siempre que estos tuvieran comisión paritaria y se hubiera establecido en su seno la intervención preceptiva previa. En cambio, se entenderá agotado dicho trámite si transcurren los plazos establecidos en el propio convenio o, en defecto de regulación expresa, diez días hábiles desde la presentación de la solicitud, salvo que quien solicite la mediación justifique la imposibilidad de cumplir el trámite. Por otro lado, también será

preceptiva la intervención previa de la comisión paritaria en los conflictos surgidos en los periodos de consultas del ET (arts. 40, 41, 44.9º, 47, 51 y 82.3º), siempre que así se haya pactado en el convenio colectivo y, en todo caso, cuando al amparo del art. 82.3º ET, cualquiera de las partes haya solicitado la intervención de dicha comisión. Sin embargo, se entenderá agotado el trámite si ha transcurrido el plazo máximo de siete días hábiles a contar desde que la discrepancia fue planteada.

- e) La persona designada para ejercer la mediación o, en los supuestos de comisiones paritarias de convenios que actúen como órganos específicos, el órgano colegiado designado para ello, que deberá de tener un máximo de tres miembros (arts. 6.5º y 13.2º VI ASAC). La designación de la persona mediadora en la solicitud será muy importante ya que de no recogerse, se entenderá que se delega tal designación en el SIMA-FSP.

Una vez ya registrada la solicitud de mediación, el Área de Procedimiento del SIMA comprobará si concurren, en primer lugar, defectos de fondo y, superados estos, defectos de forma. El plazo de subsanación será, respectivamente, de 5 días para los defectos de fondo y de 1 mes para los defectos de forma (82).

C) La designación del mediador en el VI ASAC

Uno de los aspectos nucleares de la renovación del ASAC reside en la elección del mediador y la vocación de homogeneizar la formación de este. En cuanto a lo primero, corresponde a las partes de cada procedimiento la designación de la persona o personas que van a llevar a cabo la mediación (art. 16.1º VI ASAC), como no podría ser de otra forma al considerarse un procedimiento autónomo. Sin embargo, dicha designación solo podrá ejercitarse de entre los mediadores que se contengan en la lista elaborada por el SIMA a raíz de las propuestas de las Organizaciones firmantes del Acuerdo y cuya actualización corresponderá a la Comisión de Seguimiento del VI ASAC (art. 7 VI ASAC). Lista que, por cierto, ya no estará dividida por sectores, lo cual demuestra que más que la persona mediadora conozca en profundidad los entresijos del sector, son más importantes sus habilidades, herramientas y actitudes a la hora del desarrollo de la mediación (83).

De este modo, la elección se hará siempre desde este listado, sin que quepa ya la posibilidad, reconocida en el V ASAC, de que las partes de mutuo acuerdo seleccionen a un mediador ajeno a tal listado. Todo ello con el objetivo de conseguir la unificación de la formación y de la actuación de todos los mediadores incluidos en la lista (84). Cuestión diferente son aquellos mediadores procedentes de órganos específicos que se creen por convenios o acuerdos colectivos, que podrán ser integrados en el servicio, una vez la Comisión de Seguimiento los acepte, previa comprobación de su adecuación a los principios de mediación del SIMA y al ámbito funcional y territorial del Acuerdo, así como aquellos mediadores que provengan de las comisiones paritarias a las que se les haya reconocido tal labor (art. 6.5º.VI ASAC).

El art. 7 en su párrafo tercero prosigue con otra de las novedades del presente ASAC, la «especial atención a la formación continuada y adecuada dedicación de quienes ejercen labores mediadoras, a efectos de dotar de la máxima eficacia los servicios regulados en este Acuerdo». En tal sentido, todos los mediadores deberán de participar en la formación o acreditar esta y su reciclaje, de

conformidad con las condiciones y el contenido del plan formativo que elabore la Comisión de Seguimiento, con el compromiso de impulsar un modelo formativo que sirva de base para homogeneizar los requisitos exigibles para el desempeño de la función mediadora en el ámbito laboral (disposición adicional segunda VI ASAC).

Como se venía diciendo, corresponde a las partes la designación del mediador. A tal fin, el SIMA se dirigirá a la parte solicitada, el día de la recepción de la solicitud, para que designe mediador en el plazo máximo de 3 días hábiles. Aunque también existe la posibilidad de solicitud conjunta o de que la persona mediadora sea consensuada por las partes, pudiendo en este caso requerir a la Dirección del SIMA el desarrollo de un procedimiento con plazos más cortos. Por otro lado, en el supuesto de que la elección sea delegada en el SIMA o de que ninguna de las partes haya designado mediador, será la Dirección del Servicio quien proceda a la designación, garantizando la participación igualitaria (art. 16.2º y 3 VI ASAC).

En cuanto a la actuación de las personas mediadoras, deberán de ser imparciales, conforme al código ético del SIMA (a definir por la Comisión de Seguimiento) y, por tanto, deberán de ser personas ajenas al conflicto concreto en el que actúan o que pretenden prevenir —no se olvide esta nueva función del VI ASAC—, sin que puedan concurrir intereses personales o profesionales directos susceptibles de alterar o condicionar su actividad mediadora. De este modo, los mediadores deberán abstenerse si concurren tales intereses, así como podrán ser recusados antes de la celebración de la primera reunión, a petición motivada de cualquiera de las partes, tras un procedimiento sumario ante la Comisión de Seguimiento, en el que se dará audiencia a la persona afectada y a las partes (art. 16.4º.VI ASAC). Aparece aquí por primera vez una garantía muy adecuada a la imparcialidad de los mediadores en los conflictos: la recusación, que, a su vez, se articulará a través de un procedimiento sumario para no alargar excesivamente el proceso (85).

D) Desarrollo de la mediación

Como bien indica el art. 17 VI ASAC, la actividad de la persona o personas mediadoras comenzará inmediatamente después de su designación. Eso sí, en honor a la flexibilidad del procedimiento autónomo, la actividad mediadora se desarrollará según los trámites que el mediador considere oportunos, pudiendo incluso solicitar a la Dirección del SIMA que sus letrados le proporcionen la información que consideren precisa para su función —antecedentes, precedentes, experiencias similares al conflicto planteado, entre otros— y de las partes, garantizando, en todo caso, la confidencialidad de la información.

Durante la propia comparecencia, el órgano de mediación «fomentará la comunicación entre las partes, ayudando a la consecución de un acuerdo entre las mismas, moderando el debate y concediéndoles cuantas intervenciones considere oportunas», es decir, se comportará como un verdadero órgano de conciliación como trámite previo a la propuesta de soluciones. El mismo art. 17.2º VI ASAC añade: «se garantizará, en todo caso, el derecho de audiencia a quienes comparezcan, así como el principio de igualdad y contradicción, sin que se produzca indefensión», como expresión de los principios ordenadores de los procedimientos contenidos en el Acuerdo del art. 10.

De este modo, la persona o personas mediadoras formularán propuestas para la solución o

prevención del conflicto —rasgo distintivo de la mediación—, que podrán consistir, asimismo, en el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Al ser propuestas no vinculantes, las partes aceptarán o rechazarán las mismas, teniéndose por no realizadas si no fueran aceptadas (art. 17.3º.VI ASAC).

E) Procedimiento especial en caso de huelga

Los diferentes Acuerdos en esta materia (y muy especialmente el presente) han contemplado un procedimiento específico de mediación para los supuestos de huelga, caracterizado por su brevedad y agilidad debido a su conflicto de base. En este orden de cosas, el art. 19 VI ASAC regula dicho procedimiento de mediación que, como se ha comentado, es de obligatoria solicitud antes de la comunicación formal de la huelga por parte de sus convocantes.

En todo caso, entre la solicitud que de inicio a la tramitación formal de la mediación y la comparecencia a la misma no podrán transcurrir más de 72 horas, salvo que las partes, de común acuerdo, prorroguen dicho plazo. Del mismo modo, el SIMA deberá, en un plazo de 24 horas, atender a la solicitud de mediación, dando traslado de la misma a la parte o partes frente a las que se dirige, con el objetivo de que se designe a mediador dentro de este plazo improrrogable, convocando a las partes a la reunión de mediación en las siguientes horas restantes. Muy importante será tener en cuenta que la comparecencia a dicha reunión es obligatoria para las partes, como consecuencia del deber de negociar implícito a la naturaleza de esta mediación.

Sin embargo, el art. 19.3º añade que para que se entienda debidamente convocada la huelga bastará con que se acredite en su comunicación formal que se ha solicitado la mediación —antes se exigía el intento de mediación sin acuerdo—, facilitando que el procedimiento de mediación, por tanto, pueda llevarse a cabo durante el período de preaviso y que dure lo que se estime necesario, incluso durante la celebración de la huelga con vistas a su pronta finalización (véase Preámbulo) (86) . En definitiva, al no exigirse ya en la comunicación formal que se acredite que se ha intentado la mediación sin acuerdo sino meramente la solicitud, ello parece indicar que lo verdaderamente importante es la resolución de la controversia, aunque tenga lugar cuando el conflicto ya haya extendido parte de sus efectos (87) .

Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la reapertura de un expediente de mediación ya finalizado, con el propósito de formalizar o ratificar el acuerdo alcanzado con posterioridad, respecto del mismo objeto, sin necesidad de asistencia de mediadores, pues será suficiente con la firma del acta levantada por el letrado o letrada.

Por último, el art. 19 VI ASAC prevé una especialidad para cuando la mediación se plantee en relación con la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, ya que esta se iniciará a solicitud de cualquiera de las partes si se plantea dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación formal de la huelga. Este procedimiento también tendrá una duración de 72 horas, en el que deberá

incluirse tanto la celebración como las diferentes comparecencias, sin que puedan estas últimas extenderse más allá del inicio de la huelga (a diferencia del anterior), ya que los servicios de seguridad y mantenimiento deben de estar fijados con anterioridad al inicio (88).

F) Finalización de la mediación y eficacia de sus acuerdos

La mediación finalizará con el acta final levantada por los letrados o letradas del SIMA donde se recoja el acuerdo o la ausencia del mismo, a requerimiento del órgano de mediación y teniendo en cuenta el plazo máximo de doce días hábiles para el procedimiento desde el registro de la solicitud, salvo pacto en contrario. Del mismo modo, la mediación también finalizará con la conversión del procedimiento de mediación en uno de arbitraje por acuerdo de las partes (art. 18 VI ASAC).

Asimismo, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la reapertura de un expediente de mediación ya finalizado, con el propósito de formalizar o ratificar el acuerdo alcanzado con posterioridad, respecto del mismo objeto, sin necesidad de asistencia de mediadores, pues será suficiente con la firma del acta levantada por el letrado o letrada.

En cuanto a la eficacia de los acuerdos conseguidos en mediación y recogidos en el acta, siempre que se cumplan los requisitos de legitimación legalmente establecidos (89), por un lado, tendrán la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en periodos de consultas *ex arts. 40, 41, 44.9º, 47, 51 y 82.3º ET* y art. 176.2º Ley Concursal. Por otro lado, en el resto de los conflictos, los acuerdos de mediación tendrán la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo y, por tanto, serán objeto de depósito, registro y publicación en los términos previstos en el art. 9º ET.

En este sentido, la Dirección del SIMA ofrecerá a las partes la opción de publicar los acuerdos de mediación en el REGCON (90), aunque será obligatoria su publicación en los casos de: «acuerdos de mediación como consecuencia de la interposición de conflicto colectivo así como, los de fin de huelga» y «cualquier otro acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo» (arts. 2.1º.d) y h) del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo).

En cambio, las soluciones a los conflictos que se susciten en el ámbito público tendrán la eficacia jurídica que le atribuya el EBEP, el ET y demás normativa de aplicación, así como a las soluciones alcanzadas en los supuestos derivados de acuerdos de interés profesional tendrán eficacia limitada a las partes del conflicto (art. 12.2º y 3º VI ASAC).

En cuanto a los efectos de ejecutividad y/o impugnación del citado acuerdo se estará a lo establecido en los arts. 67 y 68 LRJS, según dispone el art. 18.2º VI ASAC. Sin embargo, en relación con las vías de impugnación del acuerdo de mediación es aquí donde surgen mayores discrepancias con la jurisprudencia y doctrina científica.

Por un lado, se debe de indicar que el procedimiento ordinario de impugnación del acuerdo de mediación del art. 67 LRJS, el único al que remite el ASAC, no es aplicable para todos los supuestos de mediación. Así, siguiendo el criterio interpretativo de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de

enero de 2015 (rec. 28/2014), dicha vía de impugnación solo será aplicable a las mediaciones preprocesales y no al resto debido a la ubicación del art. 67 en el título V de la LRJS, titulado «*de la evitación del proceso*».

En consecuencia, la mediación que sea sustitutiva del convenio colectivo o tenga su eficacia, será impugnada conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos, tal y como indica el art. 91.2º ET. Sin embargo, dicha afirmación genera ciertas dudas si se tiene en cuenta que el art. 163.1º LRJS no menciona a los acuerdos de mediación, sino tan solo a los laudos arbitrales sustitutivos de convenios colectivos para la tramitación de dicha vía de impugnación de convenios colectivos. Aunque para algunos autores la laguna puede ser suplida, teniendo en cuenta que la impugnación directa de un laudo que conculque la legalidad vigente o lesione gravemente intereses de terceros se llevará a cabo a través del procedimiento de conflictos colectivos (art. 165.1º LRJS), cauce idóneo para la impugnación de cualquier convenio, acuerdo o pacto colectivo y, por tanto, para la impugnación de un acuerdo de mediación, cualquiera que sea su eficacia (91).

Con relación a la mediación sustitutiva del período de consultas, la citada sentencia de 27 de enero de 2015 establece, asimismo, que para los casos en que por mediación se sustituya a las consultas del despido colectivo, el cauce procesal adecuado será la vía de impugnación colectiva del despido colectivo del art. 124 LRJS (92). El Tribunal Supremo entiende que «los contenidos básicos del acuerdo alcanzado durante la fase de consultas en un procedimiento colectivo de despido no deben ser objeto de impugnación autónoma y separada por la vía de conflicto colectivo», pues más bien debe de ser la modalidad del art. 124 LRJS la que se considere como excluyente y prioritaria. Así, el Tribunal concluye que «es cierto que el legislador procesal no ha contribuido en absoluto a enfocar las cosas como acabamos de exponer, pero se trata del único remedio procesal de que dispone el intérprete a fin de evitar situaciones contrarias a la seguridad jurídica o la cosa juzgada».

En esta misma línea se puede entender que para la impugnación del acuerdo de mediación sustitutivo de consultas en supuestos de flexibilidad interna (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sucesión de empresa en caso de que se prevean medidas laborales en relación con los trabajadores, o suspensión o reducción de jornada), el procedimiento adecuado sería el de conflictos colectivos.

IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS

La búsqueda de una solución autónoma extraprocésal a un conflicto laboral, tal y como ya tuvo oportunidad de determinar la sentencia del Tribunal Constitucional 217/1991 de 14 de noviembre, es beneficiosa tanto para las partes («*que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema*»), como para el sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo. En efecto, el recurso a los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el campo de las relaciones laborales no solo es idóneo por la mayor agilidad y flexibilidad del proceso, sino por la posibilidad de resolver conflictos a través del diálogo, la negociación o la transacción, permitiendo alcanzar acuerdos o abrir canales de comunicación duraderos en el tiempo entre las partes, a diferencia de la intervención judicial que ofrece una solución impuesta basada en derecho, que

muchas veces puede dar lugar al enquistamiento del problema.

En este sentido, las reformas laborales han ido progresivamente otorgando un mayor protagonismo a la autocomposición de conflictos colectivos laborales por parte de los agentes sociales, a la par que estos han ido respondiendo con los correspondientes acuerdos interprofesionales sobre materia concreta del art. 83.3º ET. De hecho, el comentado VI ASAC ha alcanzado un punto de maduración muy considerable al consolidar los avances alcanzados y mejorar los pasados acuerdos. Entre las novedades ya abordadas del presente ASAC, destaca, por su especial importancia, la intención de profesionalizar las labores de las personas mediadoras a través de un modelo formativo homogéneo y continuo, a implantar por la Comisión de Seguimiento, así como también reviste especial consideración las nuevas figuras de abstención y recusación. Esto último en la línea de intentar acabar con una cierta desconfianza que se ha generado al ser propuestos los mediadores por las propias organizaciones sindicales y asociaciones empresariales.

Por otro lado, las ventajas que ofrece la mediación en el conflicto laboral —que puede ser considerada incluso como un «*instrumento de justicia*» al ser las propias partes quienes resuelven y conocen su conflicto y sus intereses (93) — son tenidas en cuenta ahora más que nunca en el nuevo ASAC. A la idea de la mediación como contrato de transacción (art. 1809 Cc), en el que las partes ceden mutuamente, con el límite de la irrenunciabilidad de derechos del art. 3.5º ET, el abuso de derecho o el fraude de ley, para no acudir a la vía judicial; hay que añadir otra función: la mediación preventiva, la cual se integra por primera vez en el objeto del ASAC. De este modo, se consagra una visión de la mediación, no ya como un trámite previo a la vía judicial cuando ya ha surgido el conflicto, sino como un sistema plenamente incardinado en la autonomía colectiva para prevenir y evitar la conflictividad y garantizar la paz social. En esta misma línea, se sitúa el impulso de la negociación colectiva por parte del SIMA, como mejor antídoto de la desavenencia.

En definitiva, el VI ASAC ha supuesto una importante mejora en la consolidación de los procedimientos de solución autónoma y, en especial, de la mediación, con el fin de que tales procedimientos tomen el protagonismo que merecen en el sistema de relaciones laborales español. Sin embargo, también sería apropiado que este avance viniera acompasado de una regulación legal que dotara de mayor cohesión y coherencia a las disposiciones dispersas en la normativa nacional en materia de solución extrajudicial de los conflictos laborales.

BIBLIOGRAFÍA

ARASTEY SAHÚN, M.L., «Medidas alternativas de solución de conflictos laborales, estado de la cuestión y perspectiva de futuro», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (Dirs.) y R. Vida Fernández (coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 31-47.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., «El fomento de la solución autónoma de conflictos colectivos como instrumento de mejora de las relaciones laborales: las aportaciones del ASAC VI», en *Trabajo y Derecho*, n.º 74, 2021 (versión electrónica).

- CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, C.G. Posada (Trad.) y J.L. Monereo Pérez (ed.), Granada, Comares, 2003.
- CASAS BAAMONDE, M.E., «Mediación, arbitraje y períodos de consultas», en *Relaciones Laborales*, n.º 4, 2013, pp. 1-27.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales», en J. Cruz Villalón (coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1996, pp. 11-32.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 13-63.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., «Novedades del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos», en la página web de la Fundación SIMA, disponible en: https://www.fsima.es/wp-content/uploads/Articulo_Novedades_VI_ASAC_final.pdf (consultado el 10 de septiembre de 2021).
- DE LA VILLA GIL, L.E., «El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible», en M. Godino Reyes (dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 435-466.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., «La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral», en *Temas Laborales*, n.º 140, 2017, pp. 369-398.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., «Mediación y proceso social: expectativas, realidades y perspectivas de futuro», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (dirs.) y R. Vida Fernández (Coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 75-101.
- GRANADOS ROMERA, M.I., «Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 630-662.
- GRANADOS ROMERA, M.I., «Trabajo decente y solución extrajudicial, autónoma, de conflictos laborales», en J.L. Monereo Pérez, J. Gorelli Hernández, A.L. de Val Tena (dirs.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 543-559.
- GRANADOS ROMERA, M.I., *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- JOSSERAND, L., *El espíritu de los derechos y su relatividad: teleología jurídica*, E. Sánchez Larios y J.M. Cajica (tr.) y J.L. Monereo Pérez (ed.), Granada, Comares, 2012.
- LANTARÓN BARQUÍN, D., *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

- LIÉBANA ORTIZ, J.R., *Solución extrajudicial de conflictos laborales. Conciliación administrativa y mediación y arbitraje autónomos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.
- LÓPEZ INSUA, B.M., «El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 4, 2020, pp. 8-27.
- MARTÍN MUÑOZ, M. R., «La autocomposición de los conflictos laborales. Valoración teórico-práctica de la mediación y el arbitraje en el ámbito de la aplicación del ASAC y del acuerdo SERCLA», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 231, 2020, pp. 163-196.
- MONEREO PÉREZ y N. TOMÁS JIMÉNEZ, J.L., «Derecho de negociación colectiva (Art. 6 de la Carta Social Europea Revisada)», en J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza (dirs. y coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 519-532.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) et al., *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., «Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 251-277.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., «El arbitraje obligatorio y la reanudación de la actividad laboral en el derecho fundamental a la huelga», en *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 7, 2021 (versión electrónica)
- MONEREO PÉREZ, J.L., «La sucesión de empresa (Art. 44 del ET)», en J.L. Monereo Pérez (dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 579-625.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ed. *Ibidem*, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L., «Régimen de la transmisión de empresa y crisis empresariales», en J.L. Monereo Pérez y Sánchez Montoya, J.E. (dirs.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L., «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los "casos difíciles" en la jurisprudencia reciente», en *Trabajo y Derecho*, n.º. Extra 5, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Reestructuración de empresas y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Los despidos colectivos y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Art. 28. Derecho de la negociación y de acción colectiva», en J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza (dirs. y coords.), *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 635–676.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Artículo. 28.2 de la Constitución Española. La huelga», en J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1057–1156.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Art. 37.2. El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 685–698.

MONEREO PÉREZ, J.L., «El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno», en *Temas Laborales*, n.º 130, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Teoría general del conflicto laboral», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 495–535.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. Y SERRANO FALCÓN, C.: «Arbitraje en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales», en *Relaciones Laborales*, n.º 14, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., VILA TIERNO, F., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2021.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

MORENO VIDA, M.N., «La negociación directa para la solución de conflictos. La negociación colectiva y la mediación», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 582–609.

MORENO VIDA, M.N., «Las especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el sector público: personal laboral», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 159–194.

MUROS POLO, A., «La terminación de la huelga por arbitraje obligatorio», en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 228, 2020, pp. 191–216.

OLARTE ENCABO, S., «El VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales: Consolidación y Avances», en *Temas Laborales*, n.º 154, 2020, pp. 55–78.

OLARTE ENCABO, S., «La institución arbitral y la solución de conflictos laborales: dimensión y aristas», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (dirs.) y R. Vida Fernández (coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinaria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 49–73.

SÁEZ LARA, C., «Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 367–395.

SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.) et al., *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, León, Eolas Ediciones, 2014.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coord.) et al., *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Fundación SIMA, 2006.

(1)

H.J. Laski, *La libertad en el Estado moderno*, trad. E. Warshaver, revisión, edición y estudio preliminar, «Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón» (pp. IX-XCVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, p 181.

[Ver Texto](#)

(2) J.L. Monereo Pérez, «Teoría general del conflicto laboral», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 495 ss.

[Ver Texto](#)

(3) Sobre esta cuestión, M.I. Granados Romera, *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 41 y 42. Además, para M.N. Moreno Vida, «La negociación directa para la solución de conflictos. La negociación colectiva y la mediación», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 583, el convenio colectivo ha supuesto la institucionalización jurídica del conflicto colectivo de trabajo; no solo porque lo resuelve dinámicamente cuando este se produce, sino también porque se tiende a producir una separación entre conflicto actual y convenio, en la medida en que se estandariza el proceso de negociación formal.

[Ver Texto](#)

- (4) J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M.N. Moreno Vida, F. Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2021, pp. 693 y 694.

[Ver Texto](#)

- (5) M.R. Martín Muñoz, «La autocomposición de los conflictos laborales. Valoración teórico-práctica de la mediación y el arbitraje en el ámbito de la aplicación del ASAC y del acuerdo SERCLA», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 231, 2020, p. 5.

[Ver Texto](#)

- (6) Buena prueba de ello son las continuas remisiones de «la normativa estatal a los procedimientos autónomos de solución en el caso de conflictos colectivos, a diferencia de lo que ocurre con los conflictos individuales (véase, apartado II.2). Además, la mayoría de los acuerdos interprofesionales a nivel estatal y autonómico excluyen de su ámbito de aplicación a los conflictos individuales (véase, nota 49)».

[Ver Texto](#)

- (7) M.I. Granados Romera, *La solución de...*, *op. cit.*, p. 34.

[Ver Texto](#)

- (8) M.I. Granados Romera, «Trabajo decente y solución extrajudicial, autónoma, de conflictos laborales», en J.L. Monereo Pérez, J. Gorelli Hernández, A.L. de Val Tena (dirs.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 547 y 548.

[Ver Texto](#)

- (9) No desautoriza la expresión «*solución autónoma*» el recurso al arbitraje voluntario pues, si bien es cierto que en estos casos la solución la otorga un tercero ajeno al conflicto, la elección del procedimiento, el diseño del mismo y, por supuesto, la opción por este, son facultades que residen en todo momento en la autonomía colectiva, M.I. Granados Romera, *La solución de...*, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

[Ver Texto](#)

- (10) Para la interpretación del sentido y alcance jurídico de este precepto, *vid.* J.L. Monereo Pérez, «El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 685-697.

[Ver Texto](#)

- (11) J.R. Liébana Ortiz, *Solución extrajudicial de conflictos laborales. Conciliación administrativa y mediación y arbitraje autónomos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 135 y 136.

[Ver Texto](#)

(12)

Sobre esta cuestión, véase, J. Cruz Villalón, «Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 13-63.

Ver Texto

(13) En los últimos años el porcentaje de arbitrajes apenas ha alcanzado el 1% respecto al total de procedimientos tramitados por el SIMA. En concreto, en el ejercicio 2019 las partes optaron en un 99,3% por la mediación frente al arbitraje, que solo fue promovido en 3 ocasiones. *Vid.*, «Memoria de actividades 2019» y «Evolución de conflictos tramitados en el SIMA (1998 a 2016)», documentos disponibles en <https://www.fsima.es/> Igual conclusión se deriva del análisis de las memorias de actuaciones elaboradas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales respecto a los arbitrajes tramitados por el SERCLA, disponibles en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/informes-y-estadisticas1>.

Ver Texto

(14) J.L. Monereo Pérez, «Teoría general...», *loc. cit.*, pp. 522 y 523.

Ver Texto

(15) Esta Clasificación en M.I. Granados Romera, *La solución de...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

Ver Texto

(16) Sobre la configuración jurídica del arbitraje obligatorio en la huelga y sus límites, consúltese, J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, «El arbitraje obligatorio y la reanudación de la actividad laboral en el derecho fundamental a la huelga», en *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 7, 2021 (versión electrónica) y A. Muros Polo: «La terminación de la huelga por arbitraje obligatorio», en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 228, 2020, pp. 191-216.

Ver Texto

(17) M.T. Díaz Aznarte, «La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral», en *Temas Laborales*, n.º 140, 2017, p. 370.

Ver Texto

(18) J.L. Monereo Pérez y N. Tomás Jiménez, «Derecho de negociación colectiva (Art. 6 de la Carta Social Europea Revisada)», en J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza (dirs. y coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 519-532.

Ver Texto

(19) J.L. Monereo Pérez, «Derecho de la negociación y de acción colectiva (Art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», en J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza (dirs. y coords.), *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 658-659.

[Ver Texto](#)

(20) J.L. Monereo Pérez, «El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (Art. 37.2 de la Constitución Española)», en J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida (Coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 691.

[Ver Texto](#)

(21) M.I. Granados Romera, *La solución de...*, *op. cit.*, p. 218.

[Ver Texto](#)

(22) Sobre esta cuestión, véase, M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional», en G. Orozco Pardo y J.L. Monereo Pérez (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 632-635.

[Ver Texto](#)

(23) En realidad lo que prevé este artículo son tres posibles arbitrajes «*en cascada*» si no se llega a un acuerdo en el período de consultas (comisión paritaria, procedimientos extrajudiciales del art. 83 ET e intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de las comunidades autónomas). *Vid.*, M.N. Moreno Vida, «Comentario al art. 83 del ET», en J.L. Monereo Pérez (dir.), *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 1008-1021; S. Olarte Encabo, «La institución arbitral y la solución de conflictos laborales: dimensión y aristas», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (dirs.) y R. Vida Fernández (coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 57 y ss. Ampliamente, J.L. Monereo Pérez, Moreno Vida, M.N. (dirs.), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, *passim*.

[Ver Texto](#)

(24) M.T. Díaz Aznarte, *loc. cit.*, pp. 376 y ss.

[Ver Texto](#)

(25) J.L. Monereo Pérez, «La sucesión de empresa (Art. 44 del ET)», en J.L. Monereo Pérez (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 579-625; J.L. Monereo Pérez, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; J.L. Monereo Pérez, *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ed. *Ibidem*, 1999; J.L. Monereo Pérez, «Régimen de la transmisión de empresa y crisis empresariales», en J.L. Monereo Pérez y J.E. Sánchez Montoya (dirs.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010; J.L. Monereo Pérez, «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los "casos difíciles" en la jurisprudencia reciente», en *Trabajo y Derecho*, n.º extra 5, 2017; J.L. Monereo Pérez y S. Guindo Morales, «La transmisión de empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración judicial y la inexistencia normativa de un pretendido derecho del cesionario a elegir los trabajadores que

continúan en la empresa», en *La Ley Unión Europea*, n.º 74, 2019; J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, «La relación laboral en la transmisión de empresa. Sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, N.º. 6, 2020, pp. 785-804.

[Ver Texto](#)

(26) M.E. Casas Baamonde, «Mediación, arbitraje y períodos de consultas», en *Relaciones Laborales*, n.º 4, 2013, p. 6 (versión electrónica).

[Ver Texto](#)

(27) M.T. Díaz Aznarte, *loc. cit.*, p. 376.

[Ver Texto](#)

(28) J.L. Monereo Pérez, «El derecho a adoptar...», *loc. cit.*, pp. 690 y 691.

[Ver Texto](#)

(29) L.E. de la Villa Gil, «El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible», en M. Godino Reyes (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 435.

[Ver Texto](#)

(30) M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica...», *loc. cit.*, pp. 633 y 634.

[Ver Texto](#)

(31) M.N. Moreno Vida, «Las especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el sector público: personal laboral», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, p. 165.

[Ver Texto](#)

(32) M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica...», *loc. cit.*, p. 633.

[Ver Texto](#)

(33) *Ibidem*, p. 632.

[Ver Texto](#)

(34) J.L. Monereo Pérez, Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F., *Manual de Derecho del Trabajo*, 19ª edición, Granada, Comares, 2021, pp. 693-712; S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales: Consolidación y Avances», en *Temas Laborales*, n.º 154, 2020, pp. 59 y ss.

Ver Texto

(35)

M.I. Granados Romera, *La solución de...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

Ver Texto

(36) Para E.M. Blázquez Agudo, «El fomento de la solución autónoma de conflictos colectivos como instrumento de mejora de las relaciones laborales: las aportaciones del ASAC VI», en *Trabajo y Derecho*, n.º 74, 2021, p. 2, el V ASAC pasa a ser de aplicación *erga omnes*, excepto para aquellos que indicasen lo contrario en un breve plazo. Sin embargo, para M.T. Díaz Aznarte, *loc. cit.*, pp. 385 y 386, al exigirse ratificación o adhesión, el V ASAC (y sus anteriores) se inscribiría en la categoría de los Acuerdos marco, y no en la Acuerdos sobre materias concretas, al no tener eficacia *erga omnes*.

Ver Texto

(37) S. Olarte Encabo, «La institución arbitral...», *loc. cit.*, p. 62.

Ver Texto

(38) *Idem*.

Ver Texto

(39) Para M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica...», *loc. cit.*, p. 645; dicha exclusión es innecesaria ya que al tratarse de normas de Derecho necesario absoluto no cabe transacción sobre las mismas y, por tanto, es inviable la utilización de los sistemas de solución autónoma.

Ver Texto

(40) Sobre esta cuestión véase el punto octavo del presente apartado.

Ver Texto

(41) S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, p. 64.

Ver Texto

(42) Normas de funcionamiento y procedimiento del SIMA, aprobadas por la Comisión de Seguimiento del ASAC en su reunión del 10 de septiembre de 2015 y ratificadas por el Patronato de la Fundación en la reunión celebrada el día 29 de septiembre de 2015, disponibles aquí: <https://fsima.bouge.es/wp-content/uploads/NORMAS-FUNCIONAMIENTO-A4.pdf> (consultadas el día 1 de septiembre de 2021), a la espera de su actualización al nuevo ASAC.

Ver Texto

(43) Sobre esta cuestión, véase, S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, pp. 56-59.

Ver Texto

(44) E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 3 (versión electrónica).

[Ver Texto](#)

(45) *Ibíd.*, p. 4.

[Ver Texto](#)

(46) Uno de los cambios más destacados consiste en una mejora del texto desde el punto de vista sistemático. En concreto, se reunifica el ámbito territorial en el art. 2.1 en el VI ASAC, cuando el V ASAC fragmentaba tal ámbito entre el citado artículo y el art. 4.2.

[Ver Texto](#)

(47) E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 4.

[Ver Texto](#)

(48) M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica...», *loc. cit.*, pp. 637 y 638.

[Ver Texto](#)

(49) «*En efecto, los conflictos individuales están completamente excluidos en unos casos —SIMA estatal—; en otros, la posibilidad de tramitar conflictos individuales está suspendida por motivos económicos (Jurado Arbitral de Castilla-La Mancha); en algunas Comunidades Autónomas, como la andaluza, el SERCLA abarca a un grupo relativamente reducido de conflictos individuales, de modo que son minoría los sistemas en los que la inclusión de conflictos individuales es amplia (SAMA de Aragón o el TAMIB de Baleares) o casi absoluta (TLN de Navarra)*», en R.M. González de Patto, «Mediación y proceso social: expectativas, realidades y perspectivas de futuro», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (Dir.) y R. Vida Fernández (Coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 81.

[Ver Texto](#)

(50) «Se tramitarán a través del presente proceso (de conflictos colectivos) las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el ap. 2 del art. 40, el ap. 2 del art. 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el ap. 1 del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el art. 163 de esta Ley (convenios colectivos extraestatutarios)» (art. 153 LRJS).

[Ver Texto](#)

(51) E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 11.

[Ver Texto](#)

(52) «Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos:

- a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa.
- c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior.
- d) Las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral al servicio de las anteriores.
- e) Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que reúnan el requisito de la letra a) anterior, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto».

[Ver Texto](#)

(53) Sobre las causas, *vid.*, J.L. Monereo Pérez, *Reestructuración de empresas y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006; C. Sáez Lara, *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 148 y 149.

[Ver Texto](#)

(54) L.E. de la Villa Gil, *loc. cit.*, pp. 431 y 432.

[Ver Texto](#)

(55) M.E. Casas Baamonde, *loc. cit.*, *passim*.

[Ver Texto](#)

(56) C. Sáez Lara, *Reestructuraciones...*, *op. cit.*, p. 151.

[Ver Texto](#)

(57) Sobre su diferenciación, *vid.*, J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, «Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, pp. 255 y 256.

[Ver Texto](#)

(58) J.L. Monereo Pérez (Dir.) *et al.*, *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2020, p. 393.

[Ver Texto](#)

(59) El VI ASAC ha eliminado la referencia a «los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal

de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos» (art. 4.1.j) V ASAC).

Ver Texto

(60) J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, «Acuerdos colectivos...», *loc. cit.*, p. 252.

Ver Texto

(61) S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, p. 68.

Ver Texto

(62) E.M. Blázquez Agudo, *op. cit.*, p. 7.

Ver Texto

(63) S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, p. 68.

Ver Texto

(64) Un estudio en B.M. López Insua, «El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 4, 2020, pp. 8-27.

Ver Texto

(65) E.M. Blázquez Agudo, *op. cit.*, p. 7.

Ver Texto

(66) Llama la atención cómo el citado precepto no se refiere al actual Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, sino a su predecesor. Sobre esta cuestión, E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 19.

Ver Texto

(67) C. de Fuentes García-Romero de Tejada, «Novedades del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos», en la página web de la Fundación SIMA, disponible en: https://www.fsima.es/wp-content/uploads/Articulo_Novedades_VI_ASAC_final.pdf (consultado el 10 de septiembre de 2021).

Ver Texto

(68) J. Cruz Villalón, *loc. cit.*, pp. 29 y ss.

Ver Texto

(69) E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

Ver Texto

- (70) En este sentido coinciden J. Cruz Villalón, *loc. cit.*, 28 y S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, p. 63.
- Ver Texto
- (71) *Vid.*, M.N. Moreno Vida, «Las especialidades...», *loc. cit.*, *passim*.
- Ver Texto
- (72) J. Cruz Villalón, *loc. cit.*, pp. 30-34.
- Ver Texto
- (73) *Ibid.* p. 35.
- Ver Texto
- (74) Es a la Comisión de Seguimiento a quien le corresponder estipular los términos para el uso de la mediación con carácter preventivo (art. 26.2 VI ASAC).
- Ver Texto
- (75) Un estudio de los principios procesales y procedimentales informadores de la mediación en J.R. Liébana Ortiz, *loc. cit.*, pp. 111-117.
- Ver Texto
- (76) M.E. Casas Baamonde, *loc. cit.*, pp. 7 y 8.
- Ver Texto
- (77) M.I. Granados Romera, «Configuración jurídica...», *loc. cit.*, p. 648.
- Ver Texto
- (78) *Vid.* el modelo contenido en la página del SIMA para la solicitud de la mediación en: <https://www.fsima.es/mediacion/el-procedimiento-de-mediacion-y-solicitud/> (consultado el 5 de septiembre de 2021).
- Ver Texto
- (79) Además, el modelo de solicitud de mediación del SIMA recoge un apartado denominado «*Tipo de conflicto*» para señalar el que corresponda.
- Ver Texto
- (80) J.R. Liébana Ortiz, *loc. cit.*, p. 141.

[Ver Texto](#)

(81) Se deberá de adjuntar a la solicitud de mediación, el dictamen correspondiente emitido por la comisión paritaria o, en su defecto, la copia de la solicitud de su intervención.

[Ver Texto](#)

(82) Arts. 6 y 7 Normas de funcionamiento y procedimiento del SIMA.

[Ver Texto](#)

(83) C. de Fuentes García-Romero de Tejada, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

[Ver Texto](#)

(84)
E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 13.

[Ver Texto](#)

(85) *Ibid.*, p. 13.

[Ver Texto](#)

(86)
S. Olarte Encabo, «El VI Acuerdo sobre...», *loc. cit.*, p. 71.

[Ver Texto](#)

(87) E.M. Blázquez Agudo, *loc. cit.*, p. 17.

[Ver Texto](#)

(88) *Ibid.*, pp. 17 y 18.

[Ver Texto](#)

(89) «Será exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87, 88, 89.3 y 91 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 154 y 156 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que los acuerdos que pudieran alcanzarse en la mediación o el arbitraje posean eficacia general o frente a terceros.

En caso contrario, los compromisos o estipulaciones contraídos sólo surtirán efecto entre las trabajadoras y los trabajadores o empresas directamente representados por los sindicatos, organizaciones empresariales o empresas, que hayan promovido el conflicto o actuación, que hayan suscrito los acuerdos en que concluye el procedimiento de mediación o aceptado estar a resultas del compromiso arbitral correspondiente» (art. 12.1 VI ASAC).

[Ver Texto](#)

(90) Registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

[Ver Texto](#)

(91) C. Sáez Lara, «Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos», en *Temas laborales*, n.º 154, 2020, p. 380.

[Ver Texto](#)

(92) Sobre esta misma cuestión, *vid.* L.E. de la Villa Gil, *loc. cit.*, pp. 439 y 440.

[Ver Texto](#)

(93) M.L. Arastey Sahún, «Medidas alternativas de solución de conflictos laborales, estado de la cuestión y perspectiva de futuro», en M.I. Granados Romera y R.M. González de Patto (dirs.) y R. Vida Fernández (Coord.), *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 32.

[Ver Texto](#)

Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto *Antin c. España* y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad (1)

Awards arising from disputes concerning investments in renewable energy sources and the state aid regime in the European Union: *Antin v. Spain* and the European Commission's decision to initiate an in-depth investigation

La Comisión Europea ha adoptado la decisión de iniciar una investigación en profundidad para evaluar la compatibilidad del laudo *Antin* con el régimen de ayudas estatales de la Unión Europea. La Comisión duda de que la ejecución del laudo —en tanto que ayuda de Estado— pueda ser autorizada, por considerar, en primer lugar, que la misma puede contravenir los Tratados de la Unión; en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *República de Moldavia / Komstroy*, dictada el 2 de septiembre de 2021, afectará de lleno a esta evaluación, al haber declarado la incompatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE derivado el Tratado sobre la Carta de la Energía con el Derecho de la Unión. En segundo lugar, la Comisión duda de que la ayuda estatal (el laudo) pueda ser compatible con las Directrices sobre ayudas estatales en materia de medioambiente y energía. Este procedimiento de investigación tiene un interés indudable para España en la medida en que, más allá del asunto *Antin*, sus consecuencias tendrán una proyección directa en los numerosos asuntos arbitrales sobre "renovables" aún pendientes de resolverse.

Antin, Ayuda de Estado, Laudo arbitral, *República de Moldavia / Komstroy*, Tratado sobre la Carta de la Energía.

The European Commission has taken the decision to launch an in-depth investigation to assess the compatibility of the *Antin* award with the state aid regime of the European Union. The Commission doubts that the enforcement of the award — as State aid — can be authorized, considering, firstly, that it may violate the EU Treaties; In this sense, the judgment of the Court of Justice in the *Republic of Moldova / Komstroy* case, issued on September 2, 2021, will be decisive in this evaluation, since it has declared that the intra-EU investment arbitration of the Energy Charter Treaty is incompatible with EU Law. Second, the Commission doubts whether the State aid (the award) can be compatible with the Guidelines on State aid for environmental protection and energy. This investigation procedure is of undoubted interest for Spain insofar as, beyond the *Antin* case, its consequences will have a direct impact in the numerous arbitration cases on "renewables" still pending resolution.

Antin, State aid, Arbitration award, *Republic of Moldova / Komstroy*, Energy Charter Treaty.



Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga

Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)



Nicolás Alonso Moreda

Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. El asunto *Antin c. España* (2) hace referencia a uno de los numerosos litigios originados entre inversores extranjeros y España con ocasión de la supresión de los incentivos previstos en el régimen de 2007 que tenían como beneficiarios a los productores de electricidad a través del empleo de fuentes de energía renovables (3).

Las autoridades españolas diseñaron un régimen de incentivos sobre la base de la Ley 54/1997 del sector eléctrico (4), que garantizaba a los inversores una rentabilidad razonable y preveía un régimen especial de producción eléctrica para los productores que utilizasen como energía primaria energías renovables; la actividad de producción en este régimen especial fue, posteriormente, regulado en el Real Decreto 661/2007 (5). El RD 661/2007, como puntos fundamentales de su regulación, en primer lugar, garantizaba la prioridad de acceso, asegurando la posibilidad de introducir a la red la totalidad de la producción eléctrica. En segundo lugar, preveía que los productores sujetos al régimen especial podían elegir entre la opción de una tarifa regulada, consistente en una tarifa fija por unidad de producción, y la opción de prima, que suponía el abono de una prima que se añadía al precio de mercado obtenido por cada unidad de producción vendida. En tercer lugar, las tarifas se basaban en la producción de las instalaciones durante toda su vida útil y no se fijaban límites de pago totales.

Pero entonces llegó la crisis económica y financiera de 2008 y agudizó la preocupación de las autoridades españolas en torno al "déficit tarifario" existente en la factura de la luz (6). Las dificultades para el mantenimiento del régimen de ayudas previsto, y la necesidad de reducir costes, condujo, inicialmente, a la modificación progresiva del régimen de 2007 (mediante la adopción de una serie de medidas como fueron, entre otras, el Real Decreto Ley 6/2009 (7), el Real Decreto Ley 1614/2010 (8), el Real Decreto Ley 1/2012 (9) o la Ley 15/2012 (10)), y, posteriormente, a la supresión y sustitución por un nuevo régimen. Esta supresión tuvo lugar a través de la adopción del Real Decreto Ley 9/2013 (11) que modificó la disposición relativa al régimen especial de la Ley 54/1997 y derogó el RD 661/2007, columna vertebral del sistema de retribución anterior. El RDL 9/2013 eliminó

el régimen de las dos opciones (tarifas fijas y primas) y estableció un nuevo sistema con el establecimiento de una fórmula de retribución basada en los costes "tipo" por unidad de potencia instalada, más sumas estandarizadas por los costes operativos. Por su parte, la Ley 24/2013 (12) sustituía a la Ley 54/1997 del sector eléctrico y eliminaba la distinción entre el régimen ordinario y el régimen especial. Mediante el Real Decreto 413/2014 (13) se dispuso un nuevo régimen, diseñado para asegurar una rentabilidad razonable, basada en la rentabilidad de una instalación tipo de una empresa eficiente y bien gestionada. Finalmente, la Orden Ministerial IET/1045/2014 (14) y la Orden IET/1459/2014 (15) desarrollaron los detalles de este nuevo régimen y los parámetros de retribución.

La supresión del régimen de 2007 y la implantación de un nuevo régimen en 2013 desencadenó una avalancha de reclamaciones contra el Estado español por parte de aquellos inversores que alegaban haber sido perjudicados por dichas modificaciones normativas. Así, mientras que los inversores nacionales recurrieron a los tribunales internos de lo contencioso-administrativo, los inversores extranjeros priorizaron la vía del arbitraje abierta por el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) (16). Al respecto, cabe destacar que mientras que los tribunales internos no han observado violación alguna de los derechos de los inversores con ocasión de los mencionados cambios regulatorios (17), los tribunales arbitrales, en la mayoría de las decisiones adoptadas hasta el momento, han apreciado la infracción de la obligación convencional de prestar un trato justo y equitativo.

Consecuencia directa de ello, hoy, España es el tercer Estado en el mundo con más demandas de arbitraje de inversión recibidas, 53 en total (18). Del total, según información de la Secretaría de la Carta de la Energía, 49 son asuntos relativos a las disputas en materia de renovables iniciados sobre la base de las disposiciones del TCE (19). La suma de las cantidades reclamadas por los inversores extranjeros, mayoritariamente de la Unión Europea, asciende a una cantidad en torno a los 10.000 millones de euros. Hasta el momento se han dictado 20 laudos, de los cuáles uno ha sido anulado (20). Tras aceptar la oferta condicionada del Gobierno español contenida en el Real Decreto-ley 17/2019 (21)—en virtud de la cual los inversores afectados gozarían de una retribución mejor y garantizada durante los doce años siguientes, siempre que los inversores renunciaran a los procedimientos arbitrales o judiciales iniciados a raíz de los cambios regulatorios de 2013 o a las compensaciones obtenidas en ellos— en relación con tres de los laudos dictados, los inversores han renunciado a la indemnización (22) y en otro el inversor ha renunciado al recurso de anulación (23). Por tanto, la mayoría de los laudos están por ejecutar, y 28 asuntos aún se encuentran pendientes de resolverse en los tribunales arbitrales (24). En definitiva, el problema de las controversias españolas se encuentra en plena avalancha, por lo que cualquier acontecimiento que modifique la situación actual puede tener consecuencias drásticas en los intereses en juego.

2. Ante la dimensión del problema que suponen para España las disputas sobre las renovables, este ha encontrado un aliado poderoso en la Comisión Europea. La Comisión, de forma particular tras la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé nuevas competencias a favor de la Unión en materia de inversiones extranjeras directas (25), ha mantenido una posición abiertamente hostil respecto a los arbitrajes entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro (arbitraje intra-UE). El hecho de que la gran mayoría de los arbitrajes sobre las renovables hayan sido iniciados por inversores de otros Estados miembros de la Unión, ha hecho que los intereses de España y de la

Comisión hayan confluído en una misma dirección. Ambos comparten el objetivo de evitar la ejecución de los laudos arbitrales, al entender que dicha ejecución contraviene el ordenamiento jurídico de la Unión.

Esta oposición de la Comisión frente al arbitraje intra-UE se ha canalizado, principalmente, a través de dos líneas argumentales diferentes (pero complementarias). Por una parte, la Comisión considera que el Derecho de la Unión (de forma particular los arts. 19.1º TUE y 267 y 344 TFUE) se opone el arbitraje de inversiones intra-UE, porque este mecanismo socava los principios de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y el de confianza mutua. Ello ha llevado a la Comisión a participar en calidad de *amicus curiae* tanto en procedimientos arbitrales, donde ha pretendido, sin éxito, que los tribunales arbitrales rechazaran su jurisdicción por entender que no existe un acuerdo arbitral válido (26), como en procedimientos judiciales internos de reconocimiento y ejecución donde, con el mismo razonamiento de base, se ha opuesto a la ejecución de los laudos arbitrales (27).

Por otra parte, como segundo frente, la Comisión, en el marco de las competencias que le corresponden en materia de ayudas de Estado, ha considerado que la ejecución de un laudo arbitral intra-UE, que establece una obligación pecuniaria a cargo del Estado, puede constituir una ayuda de Estado y, por tanto, debe ser comunicado a la Comisión para que este valore su compatibilidad, lo que en última instancia puede obligar al Estado a no ejecutar el laudo en virtud del principio de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión, que exige dar prioridad a las obligaciones que este Derecho impone en materia de ayudas estatales. El precedente de *Micula*, constituye sin lugar a dudas, el primer y principal exponente de esta estrategia de impugnación del arbitraje de inversiones intra-UE, asunto que, en la actualidad, se encuentra sometido al Tribunal de Justicia (TJ), después de que la sentencia del Tribunal General (TG) haya sido objeto de recurso de casación por parte de la Comisión (28).

3. Este es el contexto general donde se enmarca la decisión, de 19 de julio de 2021, de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad en relación con el laudo del tribunal arbitral en el asunto *Antin c. España* (29). El objeto de esta investigación consiste en valorar si este laudo —que impone a España el pago de una indemnización de 101 millones de euros más intereses y costas procesales, por la retirada, en su día, de los incentivos previstos en el régimen de 2007— se ajusta o no a las normas de la Unión en materia de ayudas de Estado. Fue el propio Estado español quien notificó el laudo a la Comisión, tal y como vino a exigir la Comisión en su Decisión relativa al asunto SA.40348. Efectivamente, en esta Decisión, de 2017, la Comisión señaló que el régimen de ayudas a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos establecido en España, tras las modificaciones introducidas a partir de 2013, era acorde con el Derecho de la Unión, pero advertía que en caso de que se dieran supuestos de laudos que previesen compensaciones basadas en el perjuicio económico sufrido a raíz de tales cambios normativos, estos constituirían en sí mismos ayudas estatales. Dicho lo cual, la Comisión precisaba que en caso de que un tribunal arbitral, y mencionaba expresamente el asunto *Eiser c. España* (30), otorgara una compensación, esta sería, conforme al art. 108.3 TFUE, una ayuda estatal que requeriría ser notificada a la Comisión y quedaría sujeta a la obligación de suspensión (31).

II. EL ASUNTO ANTIN C. ESPAÑA

4. La controversia entre los inversores Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. y España tiene su origen en la supresión del régimen de 2007 de incentivos para los productores de electricidad que utilizan fuentes de energía renovables. La inversión de los inversores, de nacionalidad luxemburguesa y holandesa, respectivamente, había consistido en la adquisición, en 2011, de participaciones accionariales en dos plantas operativas de energía solar concentrada (Planta Andasol-1 y Planta Andasol-2), situadas en la provincia de Granada. En opinión de los inversores, las modificaciones normativas, anteriormente descritas, implicaban una violación del art. 10.1 del TCE, en virtud del cual España se había comprometido a conceder un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversores de otros Estados parte realizadas en su territorio. Sobre la base de la oferta arbitral incorporada en el art. 26.4 del TCE, los inversores decidieron someter la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para que este se pronunciara sobre las cuestiones señaladas.

El examen preliminar la Comisión consideró que hay dudas sobre la compatibilidad con el mercado interior del señalado laudo arbitral ya que puede constituir una ayuda estatal individual

En tribunal arbitral del CIADI, en su laudo, apreció que, efectivamente, hubo una violación del art. 10.1º TCE y ordenó el pago de una indemnización que, tras la posterior rectificación del laudo, se fijó en 101 millones de euros (32). Frente a esta decisión, España solicitó la anulación del laudo conforme al art. 52 del Convenio CIADI, lo que suponía la suspensión provisional de la ejecución de laudo. Esta suspensión afectaría a los procedimientos para la ejecución de laudo que los inversores había iniciado en los tribunales australianos y los tribunales de los EE UU de América (33). El Comité *ad hoc* encargado de resolver la solicitud de anulación decidiría posteriormente la interrupción de la suspensión provisional de la ejecución del laudo (34), activando el procedimiento de ejecución incoado ante los tribunales australianos (35), pero no así en los estadounidenses (36). Los tribunales australianos, en junio de 2021, han concluido que el laudo es vinculante para España, ordenando que se dicte sentencia a favor de los demandantes y contra España por las obligaciones pecuniarias derivadas del mismo, al tiempo que han precisado que ello no afecta a los derechos que pueda ostentar el demandado en virtud de la legislación relativa a la inmunidad de ejecución (37). Finalmente, el Comité *ad hoc* ha rechazado la solicitud de anulación presentada por España, con lo que el procedimiento arbitral ha llegado a su fin, imponiéndole, además, el pago de más de 2 millones de euros a favor de las demandantes por los gastos y los honorarios legales asumidos por esta en su defensa (38).

III. LA INVESTIGACIÓN FORMAL DE LA COMISIÓN POR LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL LAUDO A FAVOR DEL INVERSOR

5. El 17 de abril de 2019 España notificó a la Comisión el laudo arbitral en el asunto *Antin c. España* dictado el 15 de junio de 2018 que, como ya se ha señalado, en su versión modificada de 29 de enero de 2019, condena a España al pago a Antin de una indemnización de 101 millones de euros más intereses y costas procesales (39). Esta notificación, a la que España estaba obligada tanto por el considerando 165 de la Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 2017 en el asunto SA.40348 (C(2017) 7384 final) —en la que se autoriza el nuevo régimen de ayudas de 2013 que modificaba el régimen anterior de 2007— como por el art. 2.1º del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015 (40), da lugar a que la Comisión, en base al art. 5 de este mismo Reglamento, inicie un examen preliminar de la información remitida por España. En el marco de este examen preliminar la Comisión solicitó a España, el 20 de noviembre de 2020, información complementaria. Petición a la que España dio respuesta el 28 de enero de 2021, aunque de manera incompleta en opinión de la Comisión. Por ello, la Comisión remitió a España, el 25 de febrero de 2021, un recordatorio a los efectos de que completase dicha información al que España no remitió respuesta alguna (41). En este examen preliminar la Comisión consideró que hay dudas sobre la compatibilidad con el mercado interior del señalado laudo arbitral ya que puede constituir una ayuda estatal individual.

6. Como consecuencia, la Comisión decide incoar un procedimiento de investigación formal en base al art. 108.2º TFUE, decisión a la que está obligada por el art. 4.4º del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015. Esta decisión de incoar el procedimiento de investigación formal es comunicada a España el 19 de julio de 2021 (42). En la misma, tras un resumen de los antecedentes y de las principales cuestiones de hecho y de derecho y tras exponer una evaluación inicial del laudo arbitral y las dudas de la Comisión sobre que suponga una ayuda, la legalidad de la misma y su compatibilidad con el mercado interior, se insta a España a que, por un lado, presente, en el plazo de un mes (43), las observaciones que considere oportuno y remita toda la información que resulte pertinente a los efectos de la evaluación del laudo arbitral y, por otro lado, transmita de manera inmediata a Antin una copia de esta decisión. Asimismo, recuerda a España el efecto suspensivo del procedimiento, lo que supone la imposibilidad de ejecutar el laudo arbitral hasta que finalice la investigación formal de la Comisión, así como la obligación establecida en el art. 16 del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015 de recuperar del beneficiario toda ayuda ilegal.

Este procedimiento de investigación formal iniciado por la Comisión el 19 de julio de 2021 debe concluir tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, se ha de procurar que sea en el plazo máximo de 18 meses a contar desde la fecha de inicio del mismo. Este plazo puede ampliarse de común acuerdo entre los servicios de la Comisión y España (art. 9.6º del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015) si bien el Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de ayudas estatales parece invitar a hacer un uso excepcional de esta opción al señalar a modo de ejemplo que "una ampliación puede ser procedente si el asunto se refiere a una medida de ayuda novedosa o plantea cuestiones jurídicas inéditas" (44). Pasado este plazo, en el caso de que España así lo solicitase la Comisión, en el plazo de dos meses más, debe proceder a adoptar una decisión definitiva en base a la información de que disponga (art. 9.7º del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015). Así, salvo aplazamiento, es previsible que el procedimiento termine a más tardar el 19 de enero de 2023 o, en su caso, el 19 de marzo del mismo año. Se ha de recordar que la Comisión, una vez iniciado el procedimiento de investigación formal, está obligada a concluirlo (art. 10.2º del

Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015) mediante la adopción de una decisión «positiva» — cuando considere que la ayuda es compatible con el mercado interior—, «condicional» —cuando considere necesario establecer determinadas condiciones para que la ayuda resulte compatible con el mercado interior—, «negativa» —cuando considere que la ayuda no es compatible con el mercado interior— o en la que se señale que la medida no constituye una ayuda estatal (aps. 2 a 5 del art. 9 del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015). También se ha de recordar que la Comisión solo puede proceder a suspender el procedimiento de investigación formal en caso de circunstancias excepcionales y, en este asunto, con el acuerdo de España y por el plazo acordado entre ambos (45).

En este marco temporal, en el caso de que la Comisión reciba observaciones de Antin o de un tercer interesado debe dar traslado de las mismas a España estableciendo un plazo determinado que no debe ser superior a un mes para que España pueda replicar a las mismas (art. 6.2 del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015). La Comisión, en el Código de Buenas Prácticas, se compromete a procurar adoptar la decisión final mediante la que concluya el procedimiento formal de investigación no más allá de pasados seis meses desde que, en este caso, España presente la última información o desde que haya expirado el último plazo. Ello con el objeto de garantizar el respeto del señalado plazo máximo de 18 meses desde el inicio el procedimiento (46).

IV. EL DERECHO DE LA UE SE OPONE AL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRA-UE DERIVADO DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

7. Tal y como señala la Comisión en su Decisión por la que anuncia la apertura de una investigación en profundidad en relación con el laudo Antin, en la medida en que la ejecución de este laudo puede constituir una ayuda de Estado, resulta necesario evaluar su compatibilidad con el mercado interior, de conformidad con el art. 107, aps. 2 y 3, del TFUE. La Comisión divide el análisis de la compatibilidad en dos cuestiones diferenciadas. Por una parte, se pregunta si la medida de ayuda (es decir, el cumplimiento del laudo) puede implicar la infracción de los Tratados de la Unión. Por otra, se cuestiona si la medida de ayuda incumple los criterios de compatibilidad de las Directrices sobre ayudas estatales aplicables a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables.

8. En relación con la primera de las cuestiones o perspectivas que plantea la Comisión, se trata de valorar hasta qué punto el laudo *Antin* puede violar disposiciones o principios del Derecho de la Unión, porque tal y como viene señalando el TJ "una ayuda de Estado que infringe disposiciones o vulnera principios generales del Derecho de la Unión no puede declararse compatible con el mercado interior" (47). En este sentido, en opinión de la Comisión, el laudo Antin podría infringir, por una parte, el art. 19 TUE y los arts. 344 y 267 TFUE y los principios generales de confianza mutua y autonomía del Derecho de la Unión y, por otra, la prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad (48).

1. El arbitraje intra-UE del Tratado sobre la Carta de la Energía y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión

9. Lanzar la hipótesis de la infracción de los arts. 19 TUE y 344 y 267 TFUE y de los principios generales de confianza mutua y autonomía del Derecho de la Unión es lo mismo que preguntarse

sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE derivado del TCE con el Derecho de la Unión.

En este sentido, tal y como se ha mencionado anteriormente, durante los últimos años la Comisión ha mantenido una postura constante y muy clara en contra del arbitraje de inversiones intra-UE. Si bien esta postura, centrada sobre todo en el arbitraje derivado de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) intra-UE, encontró, al principio, cierta resistencia por parte de los Estados miembros (49), recibió un fuerte espaldarazo cuando el TJ dictó la sentencia en el asunto *Achmea* (50). Mediante este pronunciamiento, el TJ declaraba que los arts. 267 y 344 del TFUE debían interpretarse en el sentido de que se oponen a las disposiciones de un APPRI, como el que vinculaba a los Países Bajos y Eslovaquia, que prevén el compromiso del Estado a favor de un arbitraje de inversiones intra-UE (51). Esta sentencia aceleró el proceso de terminación progresiva de los APPRI intra-UE, habiéndose visto confirmado con la adopción, por parte de 23 de los Estados miembros, del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 5 de mayo de 2020 (52).

10. Sin embargo, respecto al arbitraje intra-UE derivado del TCE, en contraposición con las conclusiones del abogado general, la sentencia *Achmea* guardó silencio (53). Por tanto, tras *Achmea*, todavía podía considerarse abierta la cuestión de la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE en el marco del TCE, y ello porque, frente a los APPRI intra-UE, el TCE presenta al menos dos características diferenciadoras que podrían tener relevancia a la hora de realizar este análisis: por una parte, el TCE es un tratado multilateral donde también participan Estados no miembros de la UE; por otra, la UE también es parte, junto a todos sus Estados miembros excepto Italia, en el TCE (54). Siendo esto cierto, también lo es que la Comisión, con más vigor si cabe tras la sentencia *Achmea*, se mantuvo firme en considerar incompatible el arbitraje intra-UE del TCE con el Derecho de la Unión, dado que, en su opinión, el hecho de que la UE también fuera parte en el TCE no impedía extender el razonamiento de *Achmea* a la aplicación intra-UE del art. 26.2.c) TCE (55). No en vano, es uno de los argumentos empleados por la Comisión en su Decisión sobre la ayuda de Estado relativa al laudo *Antin*. Además, esta idea, ahora, también era compartida por la mayoría de los Estados miembros de la UE, que consideraban trasladables las conclusiones de *Achmea* al arbitraje intra-UE del TCE (56). Sin embargo, los tribunales arbitrales, tanto anteriores como posteriores a *Achmea*, han rechazado sistemáticamente las objeciones jurisdiccionales de los Estados y de la Comisión Europea, cuando este último ha actuado en calidad de *amicus curiae*, que pretendían la no aplicación del art. 26.2º.c) del TCE en las controversias intra-UE (57).

Ha tenido que ser, finalmente, el TJ quien ha resuelto las dudas sobre la compatibilidad del arbitraje intra-UE derivado del TCE. En su sentencia de septiembre de 2021, en el asunto *República de Moldavia / Komstroy*, el TJ, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'Appel* de París, ha declarado que el artículo del TCE que abre la vía del arbitraje debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro (58). Para llegar a tal conclusión, el TJ aplica el "*test Achmea*": en primer lugar, siendo, según la Comisión, el TCE un acto del Derecho de la Unión (59), los tribunales arbitrales intra-UE deberán "interpretar, e

incluso aplicar, el Derecho de la Unión" (60), lo que supone socavar la competencia exclusiva del TJUE para la interpretación y aplicación última de este Derecho. En segundo lugar, el TJ entiende que los tribunales arbitrales constituidos sobre la base del TCE no pueden ser considerados como "órgano jurisdiccional de un Estado miembro" a los efectos de la aplicación del art. 267 TFUE, lo que en su caso podría abrir la vía de la remisión prejudicial a estos tribunales arbitrales y salvar, así, la competencia del TJUE como último intérprete del ordenamiento jurídico de la Unión (61). En tercer lugar, evalúa si mediante el procedimiento iniciado ante los tribunales franceses —que tiene por objeto el control judicial del laudo arbitral— es posible salvaguardar esta competencia del TJUE; el TJ entiende que el Derecho francés —art. 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil— únicamente permite un control limitado, de forma particular, en relación con la competencia del tribunal arbitral y, por tanto, no asegura la plena eficacia del Derecho de la Unión (62). Además, el TJ ha rechazado, por una parte, que el hecho de que la UE sea también parte en el TCE sea un elemento relevante que pueda alterar la conclusión alcanzada. En este sentido, si bien el Tribunal reconoce que la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar tratados internacionales pueden conducir a la celebración de un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculen a las instituciones de la Unión, incluido el TJUE (63), a continuación afirma que el ejercicio de esa competencia "no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho" (64). Por otra parte, el TJ tampoco ha creído que el carácter multilateral del TCE altere el resultado, dado que la disposición de arreglo de diferencias inversor-Estado, a su modo de ver, "tiene por objeto regular, en realidad, las relaciones bilaterales entre dos de las Partes contratantes, de manera análoga a la disposición del Tratado Bilateral de Inversión de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia (...) *Achmea*" (65).

En definitiva, tras la sentencia *República de Moldavia / Komstroy* no cabe duda que desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el arbitraje de inversiones intra-UE del TCE debe considerarse incompatible con este.

11. ¿Y qué implicaciones tiene esta afirmación del TJ en el marco del procedimiento sobre la ayuda de Estado del laudo *Antin*? La Comisión Europea, en su Decisión de julio de 2021 adelantaba que en caso de confirmarse que el laudo contraviene los arts. 19 TUE y 344 y 267 TFUE y los principios generales de autonomía del Derecho de la UE y el de confianza mutua, "la Comisión no podría autorizar la ayuda, ya que contraviene disposiciones y principios generales de los Tratados de la UE" (66). Hoy, tras la sentencia *República de Moldavia / Komstroy*, es evidente que la Comisión no autorizará la ejecución del laudo, lo que pone a España ante una situación compleja, donde las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión le impiden ejecutar un laudo que en el marco del Derecho internacional general y/o de los Derechos internos de Estados no miembros de la UE, quizás, si debe ser ejecutado, y lo contrario puede implicar la violación de obligaciones internacionales asumidas por España en el TCE.

2. ¿Discriminación entre los inversores europeos y los inversores españoles?

12. La Comisión Europea muestra sus dudas en torno a la compatibilidad del laudo *Antin* con el mercado interior, ya que, en su opinión, puede crear discriminación entre los inversores españoles y los inversores del resto de los Estados miembros que se beneficiaron del régimen de ayudas de 2007, porque únicamente estos últimos tendrían derecho a recurrir a arbitraje internacional con el fin de reclamar la compensación por daños y perjuicios conforme al TCE. Según la Comisión, esta discriminación por razón de la nacionalidad podría ser incompatible con el Derecho de la UE y, en particular, con el art. 18 TFUE (67).

El carácter discriminatorio o no del arbitraje intra-UE ha sido un argumento que ha estado sobrevolando el debate de su compatibilidad desde el principio (68), pero en el que nadie se ha decidido a sumergirse en profundidad hasta hoy y, seguramente, tampoco a partir de ahora, después de que los asuntos *Achmea* y *Komstroy* hayan "resuelto" el problema sin haber tenido la necesidad de tratar esta cuestión.

Sin embargo, consideramos interesante hacer varias precisiones de carácter general para poner de manifiesto que, a nuestro modo de ver, es en el contexto del arbitraje intra-UE del TCE (y no tanto en el de los APPRI intra-UE o en el de los tratados de la UE que regulan la materia de las inversiones extranjeras, como el CETA) donde el argumento de la discriminación puede tener mayores probabilidades de éxito.

Efectivamente, el art. 18 del TFUE prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad. No obstante, por un lado, aun tratándose de una norma de carácter transversal, esta prohibición tiene un alcance limitado a los supuestos de discriminación "en el ámbito de aplicación de los Tratados". En la medida en que el ámbito material que regulan los APPRI intra-UE pueda considerarse de la competencia de los Estados miembros y, por tanto, un ámbito ajeno a los Tratados de la Unión, el argumento de la discriminación podría plantear problemas. Al contrario, después de que el TJUE haya declarado en su sentencia *República de Moldavia / Komstroy* que el TCE es un acto del Derecho de la Unión, el art. 18 desplegaría sus efectos sobre los casos de discriminación originados en los ámbitos cubiertos por el mismo. Por otro lado, tal y como señaló el TJ en su Dictamen 1/17, el art. 21.2º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, no resulta aplicable al mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado del CETA, pues este artículo se debe aplicar de conformidad con el art. 18.1º TFUE, y este último no se aplica a las diferencias de trato que tienen lugar entre nacionales de Estados miembros y nacionales de terceros Estados (69). Sin embargo, en el caso del TCE, el debate se plantea respecto de los arbitrajes intra-UE y no en relación con el arbitraje de inversiones entre un Estado miembro y un inversor de un Estado no miembro de la Unión.

3. El laudo arbitral y el régimen de las ayudas de Estado

13. El apartado primero del art. 107 del TFUE parte, como principio general, de la prohibición de las ayudas de Estado al considerarlas incompatibles con el mercado interior, principio que es matizado por las excepciones previstas en los apartados segundo y tercero de este mismo artículo. Ahora bien, el TFUE no establece una definición clara del concepto de «ayuda de Estado» sino que de su art. 107

se pueden inferir una serie de elementos que, tal y como ha señalado de manera reiterada la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de cumplirse de manera cumulativa se debe entender que estamos ante una ayuda de Estado incompatible, en principio, con el mercado interior (70) : debe tratarse de una «ayuda» al suponer la concesión de una «ventaja»; imputable al Estado o financiada mediante fondos estatales; que falsee o amenace falsear la competencia y que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros; y que resulte selectiva al favorecer a determinadas empresas o producciones.

La Comisión, en su Decisión de 19 de julio de 2021, en el asunto SA.54155 (2021/NN), analiza, en base a los criterios señalados, si la indemnización reconocida en el laudo arbitral a favor de Antin constituye una ayuda incompatible con el mercado interior, llegando a la conclusión previa de que así es. A pesar de que esta conclusión inicial de la Comisión es rotunda, tal y como veremos a continuación, se plantean dudas respecto del cumplimiento de algunos de los criterios señalados, dudas que la jurisprudencia del TJUE no ha aclarado definitivamente hasta el momento.

14. El primer elemento que integra el concepto de ayuda de Estado es *que se trate de una «ayuda» al suponer la concesión de una «ventaja»*. Se ha de considerar que constituye una «ayuda» toda medida que suponga una «ventaja», entendiendo como «ventaja» todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal (71) , de tal forma que, tal y como señala Pérez Rivares, la ventaja se concibe "como una influencia positiva de cualquier género sobre los costes de producción de una empresa" (72) . Y ello con independencia tanto de la forma (73) como de la finalidad de la medida (74) . De tal forma que no solo es relevante la concesión de ventajas económicas positivas, sino que también la liberación de cargas económicas puede constituir una ventaja. En palabras del TJ "el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos" (75) .

La Comisión, tras evaluar el régimen de 2007 y llegar a la conclusión de que el mismo constituye una ayuda concedida ilegalmente (*vid.* el apdo. 76 de la Decisión) y tras analizar el sistema de cálculo de la indemnización del laudo y llegar a la conclusión de que tiene como objeto compensar la derogación del señalado régimen de 2007 (*vid.* el apdo. 77 de la Decisión), llega a la conclusión inicial de que la indemnización otorgada en el laudo concede a Antin una ventaja en la medida que supone indemnizar al mismo por la retirada de una ayuda concedida ilegalmente.

Ahora bien, debemos plantearnos, tal y como señalan diferentes autoras (76) , si en este caso es aplicable la doctrina del asunto *Asteris* en el que el TJ señala que las indemnizaciones a favor de particulares a las que deben hacer frente los Estados para compensar daños y perjuicios causados por los mismos no se deben considerar ayudas de Estado (77) . En nuestra opinión, si bien se trata de una duda que finalmente tendrá que resolver el TJUE, consideramos razonable la argumentación de la Comisión, que descarta la aplicación a este caso de la doctrina en el asunto *Asteris* principalmente en base a dos razones: por un lado, dado que como ha señalado el TG en el asunto *Micula*, si bien en

el asunto *Asteris* se establece como regla general que "la indemnización de un perjuicio sufrido no puede considerarse una ayuda", no se trata de una regla que no admita excepciones y, precisamente, cuando el objeto de la indemnización sea "indemnizar la retirada de una ayuda ilegal o incompatible" con el Derecho de la Unión se ha de considerar que nos encontramos ante una ayuda (78) . Por otro lado, ni se aplican normas nacionales de responsabilidad civil ni, en cualquier caso, la aplicación de estas o de tratados internacionales dentro de la UE, como es el caso, puede llevar a desplazar la aplicación del Derecho de la Unión en materia de ayudas estatales. Lo contrario llevaría a una concesión indirecta de una ayuda que se ha constatado es ilegal. A este respecto son esclarecedoras las consideraciones de la Comisión en el marco del asunto *Micula* en los apartados 100 y siguientes de su Decisión 2015/1470, de 30 de marzo (79) , a donde nos remitimos (80) .

La Comisión no tiene dudas de que la indemnización reconocida a Antin en el laudo es imputable a España y ello con independencia de que se tome como referencia del momento de la concesión de la ayuda bien la fecha del laudo arbitral o bien la fecha del cambio de normativa en España que da lugar a la reclamación.

15. El segundo elemento que se ha de considerar es que se trate de una ayuda *imputable al Estado o financiada mediante fondos estatales*. Al respecto se ha de aclarar que si bien la financiación mediante fondos estatales y la imputabilidad al Estado se tratan de manera conjunta, en sentido estricto y tal y como señala la jurisprudencia, se trata de requisitos distintos y acumulativos, de tal forma que para que una ventaja pueda ser calificada de ayuda en el sentido del art. 107.1º del TFUE es necesario, por un lado, que sea imputable al Estado y, por otro lado, que sea otorgada directa o indirectamente mediante fondos estatales (81) .

En cuanto a la imputabilidad al Estado, aunque en ocasiones pueda suponer cierta dificultad, como en el caso de las empresas públicas, en principio se ha de entender que una ventaja es imputable al Estado cuando proceda de una autoridad pública, aun cuando dicha autoridad goce de autonomía jurídica respecto de otras autoridades públicas, a no ser que dicha autoridad esté obligada a ejecutar dicha medida en virtud del Derecho de la Unión sin ninguna discrecionalidad (82) .

En cuanto a que se trate de una ventaja otorgada directa o indirectamente mediante fondos estatales, se ha de señalar que por «fondos estatales» se ha de entender todos los fondos que emanan del sector público (83) , incluidos los de entidades infraestatales (en nuestro caso autonómicas o locales) cualquiera que sea su naturaleza jurídica y denominación (84) y con independencia de que la institución en cuestión sea autónoma o no dentro del sector público (85) .

En el presente caso, la Comisión no tiene dudas de que, por un lado, la indemnización reconocida a Antin en el laudo es imputable a España y ello con independencia de que se tome como referencia del momento de la concesión de la ayuda bien la fecha del laudo arbitral o bien la fecha del cambio

de normativa en España que da lugar a la reclamación de Antin como obliga el TG en el asunto *Micula* (86) . Así, en el primer caso, señala que el pago de la indemnización derivada del laudo arbitral es imputable a España debido a que España ha decidido de manera voluntaria adherirse tanto al Convenio CIADI como al Tratado sobre la Carta de la Energía y debido a que dicho pago puede requerir que España adopte una decisión. En el segundo caso, señala la Comisión que en el caso de que se considere que el momento determinante es el cambio normativo, el mismo fue decidido por las autoridades españolas. Por otro lado, tampoco tiene dudas de que dicha indemnización será financiada con fondos estatales dado que se pagaría a cargo de los presupuestos generales del Estado español (87) .

En nuestra opinión, si bien el pago de la indemnización reconocida a Antin en el laudo arbitral es indiscutible que sería financiada con fondos estatales dado que, como señala la Comisión, dicho pago se realizaría a cargo de los presupuestos generales del Estado, el requisito de la imputabilidad al Estado no está tan claro siendo discutible la argumentación al respecto de la Comisión. En efecto, tal y como ha señalado el TJUE, la imputabilidad al Estado requiere de una decisión unilateral y autónoma del mismo mediante la cual se ponga a disposición de las empresas recursos o se les concedan ventajas (88) . En este caso, consideramos que la ejecución del laudo arbitral en el que se reconoce una indemnización a Antin, a lo que, recordemos, España puede verse obligada mediante resolución judicial en un tercer Estado, no depende exclusivamente de la voluntad de España y, por lo tanto, no se puede considerar una decisión unilateral y autónoma de España, aún cuanto dicha obligación derive de unos tratados internacionales a los que España se ha adherido previamente de manera voluntaria. Como se ha señalado, esta conclusión es más clara aun cuando la obligación de ejecutar el laudo Antin se establezca mediante resolución judicial en un tercer Estado no miembro de la UE y recordemos que hay procedimientos abiertos al respecto en los Estados Unidos de América y en Australia (89) .

16. El tercer elemento a considerar es que se trate de una ayuda *que falsee o amenace falsear la competencia y que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros*. Se trata de dos requisitos que aunque diferentes —pero necesarios ambos para que una medida pueda ser calificada de ayuda— la jurisprudencia generalmente trata de manera conjunta debido a que se considera que están "indisociablemente unidos" (90) .

Una medida falsa o amenaza con falsear la competencia cuando es probable que mejore la posición competitiva de la empresa o empresas que se benefician de la misma frente a otras empresas con las que compite. Es suficiente con que la medida conceda una ventaja que le libere, aunque sea parcialmente, "de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales, con los que normalmente debería haber cargado" (91) , sin que sea necesario que el falseamiento de la competencia sea significativo o determinante, incluso aunque el montante de la ayuda sea pequeño (92) dado que si la ventaja es pequeña es cierto que "la competencia resulta falseada en escasa medida, pero resulta falseada de todos modos" (93) .

Además, como se ha señalado, la medida debe afectar o tener potencialidad para afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros debido a que refuerzan la posición de determinas

empresas frente a otras que compiten con estas. Y ello aunque las empresas beneficiadas no participen en los intercambios comerciales intracomunitarios (94) y, de nuevo, aunque la cuantía de la ayuda sea pequeña o la empresa beneficiada de tamaño reducido (95) .

En el presente caso, la Comisión parece no tener dudas de que la indemnización reconocida a Antin en el laudo arbitral, por un lado, supone una ventaja que puede falsear la competencia ya que aunque en 2017 Antin dejó de ser accionista de las empresas Andasol sigue realizando inversiones en infraestructuras energéticas y medioambientales, existiendo un mercado liberalizado de estos productos. Y, por otro lado, al reforzar la posición competitiva de Antin puede afectar al comercio entre Estados miembros.

En nuestra opinión, a la vista de la interpretación amplia que viene realizando el TJUE de estos requisitos en donde, como ya se ha señalado, es suficiente con la mera potencialidad de falseamiento de la competencia o de afección al comercio entre Estados miembros y, además, con independencia de su intensidad, no se plantean grandes dudas sobre su cumplimiento en el presente caso, tal y como señala la Comisión.

17. Por último, el cuarto elemento a considerar es que se trate de una *ayuda que resulte selectiva al favorecer a determinadas empresas o producciones*. Una medida será selectiva si únicamente se aplica a determinadas empresas o a determinados sectores de la economía de un determinado Estado o de un determinado ente infraestatal con suficiente autonomía y que, por lo tanto, debe ser considerado el marco de referencia. Es decir, cuando en el marco de un régimen jurídico concreto una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones frente a otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable (96) . En palabras del TJ, "una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que [...] coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado [...]. En cambio, las ventajas resultantes de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos no constituyen ayudas de Estado" en el sentido del art. 107 del TFUE (97) .

En opinión de la Comisión, en el presente caso, dado que el laudo arbitral concede una indemnización solo a Antin no hay dudas del carácter selectivo de la ventaja que supone dicha indemnización.

Al respecto se ha de señalar que la argumentación de la Comisión se puede considerar insuficiente dado que, tal y como ha señalado el TJ, el art. 107 del TFUE "no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos" (98) , de lo que "se deduce que la aplicación de esta disposición requiere únicamente que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen" de forma que solo "en caso de respuesta afirmativa, la medida de ayuda cumplirá el requisito de selectividad" (99) . Es evidente que la Comisión, por lo menos en esta fase del procedimiento, no ha realizado un análisis suficiente al respecto. Además, son varios los autores que señalan que para que

la ejecución de un laudo arbitral del CIADI —a los que los Estados deben reconocer los mismos efectos jurídicos que las sentencias firmes de sus propios tribunales— resulte selectiva es necesario que el Estado no cumpla en general con sus obligaciones judiciales, de forma que de forma arbitraria en unos casos procediese a su ejecución y en otros casos no procediese a ello. En este sentido, Struckmann, Forwood y Kadri señalan que *"it is key that the payment of an award (which as discussed above has a status equivalent to domestic judgments) must be effected pursuant to the objective of satisfying judgment debts against the State. Following that logic, the payment of an award would only be selective if the Member State in question did not generally satisfy its judgment debts"* (100) .

18. Como hemos visto, la Comisión ha llegado a una primera conclusión según la cual la indemnización reconocida a Antin en el laudo arbitral constituye una ayuda en el sentido del apartado primero del art. 107 del TFUE. Ahora bien, ello no significa necesariamente que la misma resulta contraria al Derecho de la Unión dado que, por un lado, el apartado 2 del art. 107 del TFUE establece una serie de excepciones *ope legis* en el marco de las cuales se considera que la ayuda es compatible con el mercado interior. Y, por otro lado, en el apartado 3 del mismo art. 107 del TFUE se establecen una serie de excepciones autorizables por la Comisión. Es decir, se prevé la posibilidad de que la Comisión (101) pueda autorizar en determinadas condiciones las ayudas de Estado que se puedan incardinar en los supuestos tasados recogidos en dicha disposición normativa al considerar que en tales circunstancias las mismas son compatibles con el mercado interior.

Por ello, la Comisión, aunque España en su notificación del laudo arbitral no realiza alegaciones respecto a la posible compatibilidad con el mercado interior del mismo en base a los señalados aps. 2 y 3 del art. 107 del TFUE, considera oportuno, en nuestra opinión con buen criterio, proceder a analizar dicha compatibilidad.

Descartada en este caso la aplicación de las excepciones *ope legis* del apartado segundo, procede analizar si la indemnización concedida a Antin en el laudo arbitral puede ser autorizada por la Comisión en base al art. 107.3,c) del TFUE en el que se establece que podrán ser autorizadas "las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común". Para ello resulta fundamental determinar el momento temporal en el que se ha de entender concedida la ayuda. Como ya se ha señalado, la Comisión considera que el momento a tener en cuenta es el de la fecha en que se dicta o se ejecuta el laudo, mientras que siguiendo lo señalado por el TG en el asunto *Micula* se ha de entender que el momento a considerar es el de la reforma legislativa en España de 2013 dado que es el momento en el que nace el derecho de Antin a solicitar una indemnización. Y decimos que ello resulta fundamental ya que para la evaluación de la compatibilidad con el mercado interior de la ayuda, mientras en el primer supuesto se aplicarían las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor el medio ambiente de 2008 (102) , en el segundo se aplicarían las Directrices sobre ayudas estatales en materia del medio ambiente y energía 2014-2020 (103) , que son más restrictivas que las anteriores ya que se enmarcan en el objetivo final de conseguir que las plantas de producción de energía renovable sean competitivas en el mercado y, por lo tanto, dejen de necesitar ayudas de manera progresiva.

La Comisión evalúa la ayuda en función de ambos marcos normativos, en base a las directrices de 2008, dado que entiende que así le obliga la sentencia del TG en el *asunto Micula*, y, de manera subsidiaria, en base a las directrices de 2014-2020, dado que dicha sentencia está recurrida en casación ante el TJ por la propia Comisión y por si finalmente el TJ acoge la tesis de la Comisión de que la ayuda se genera en el momento en el que se dicta o ejecuta el laudo. En ambos casos la Comisión llega a la conclusión de que la indemnización reconocida a Antin en el laudo es una ayuda contraria al mercado interior debido a que no facilita el desarrollo de una actividad económica, no tiene un efecto incentivador ni se considera necesaria para desarrollar la actividad económica de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, no es proporcionada y es susceptible de falsear indebidamente la competencia y el comercio entre Estados miembros. Y los argumentos de fondo que utiliza la Comisión para alcanzar estas conclusiones son fundamentalmente los mismos tanto al analizar unas directrices como las otras.

Uno de los principales argumentos de la Comisión parte de que si bien, tal y como señaló en su Decisión de 2017, las instalaciones que disfrutaban del régimen de 2007 y que posteriormente pasaron a beneficiarse del régimen de 2013 (paso que se realizó de manera automática) no recibieron una ayuda incompatible con el mercado interior dado que la suma de los pagos efectuados bajo ambos regímenes considerados durante la vida útil reglamentaria de la instalación resultaba proporcionado al no suponer una compensación excesiva, el pago a Antin de la indemnización otorgada en el laudo arbitral que viene a compensar, además solo a este, el perjuicio causado por el cambio del régimen de ayudas de 2007 al de 2013 supone en realidad extender el régimen de ayudas de 2007 a toda la vida útil de la instalación lo que además de no resultar proporcionado dado que supondría superar la tasa de rentabilidad que la propia Comisión considera proporcionada en su referida Decisión de 2017, supone *de facto* mantener una ayuda considerada ilegal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

19. Volvamos a la situación en la que se encuentran actualmente los distintos procedimientos relacionados con la controversia *Antin c. España*. En primer lugar, tras la decisión, de 31 de julio de 2021, del Comité *ad hoc* encargado de resolver la solicitud de anulación, el procedimiento arbitral se encuentra finalizado, con un laudo que impone a España la obligación de proceder al pago de 101 millones de euros, más intereses y costas procesales, a favor del inversor. En segundo lugar, este laudo ha sido reconocido como vinculante para España mediante decisión de la *Federal Court of Australia*, el 25 de junio de 2021, quien ha ordenado dictar sentencia a favor de los demandantes por las obligaciones pecuniarias derivadas del laudo. En tercer lugar, está por ver cómo resolverá la *District Court for the District of Columbia* la solicitud de ejecución del laudo que está conociendo; tratándose de un laudo CIADI, no cabe descartar una decisión favorable a los inversores y, por tanto, que imponga a España la obligación de abonar la cantidad indicada en el laudo (104). En cuarto lugar, en atención a la posición que viene defendiendo la Comisión Europea y, sobre todo, tras la sentencia del TJUE en el asunto *República de Moldavia / Komstroy*, el laudo no podrá ser ejecutado en los tribunales internos de los Estados miembros, al ser el resultado de un arbitraje que contraviene el Derecho de la Unión, ni podrá España decidir ejecutarlo voluntariamente, dado que ello podría ser

considerado como una ayuda estatal incompatible con el mercado interior. En definitiva, la colisión entre distintos ordenamientos jurídicos parece inevitable, abriéndose un escenario complejo y lleno de incertidumbres en cuanto a la ejecución efectiva del laudo. Situándonos en una situación extrema ¿Cómo interpretaría la Comisión la ejecución forzosa del laudo en un Estado no miembro de la UE? ¿Exigiría a España la recuperación de la cantidad ejecutada argumentando que dicha ejecución constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior?

21. Desde una perspectiva más general, en relación con los litigios en materia de renovables que afectan a España, pero también a otros países de la UE, la "cruzada" de la Comisión contra el arbitraje de inversiones intra-UE está dando sus frutos. La doble estrategia seguida por la Comisión, cuestionando la validez de los arbitrajes intra-UE y considerando el cumplimiento de los laudos que se puedan dictar como ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior, hace que la ejecución de estos laudos sea cada vez más complicada.

Las consecuencias de la decisión del TJ en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* se notarán especialmente en los tribunales internos de los Estados miembros de la Unión. En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, por una parte, en estos momentos, cualquier acción de anulación relativa a un laudo de un tribunal de inversiones intra-UE (no CIADI) tendrá muchas probabilidades de prosperar (105). Por otra parte, será francamente difícil que una petición de reconocimiento y/o ejecución de estos laudos (sean CIADI o no CIADI) sea aceptada en los Estados miembros (106). Sin embargo, en las jurisdicciones ajenas a la UE, donde no rige el principio de primacía, las solicitudes de reconocimiento y/o de ejecución plantean una incógnita mayor. En este sentido, a primera vista, parece que los laudos con menos opciones de ejecución serán los dictados por tribunales arbitrales no CIADI con sede en un Estado miembro de la Unión y, por tanto, tengan una *lex arbitrii* que incluya el Derecho de la Unión; en el lado contrario se situarán los laudos CIADI.

¿Y cómo afectará *Komstroy* a los procedimientos arbitrales en curso, en particular, a aquellos en los que todavía no se hayan pronunciado sobre la jurisdicción del tribunal? A la vista del efecto (prácticamente inexistente) que causó en su día *Achmea* en los tribunales arbitrales, no parece que estos vayan a aceptar, de forma automática, la interpretación del art. 26.2º.c) del TCE hecha por el TJUE. En primer lugar, porque la perspectiva que los tribunales arbitrales adoptarán para dicha interpretación será la del derecho internacional general (Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados), y porque el hecho de que el TCE sea un tratado que vincula tanto a la UE y sus Estados miembros como a otros Estados ajenos a la Unión puede ser relevante a la hora de su interpretación.

22. Después de *Komstroy*, uno puede tener la tentación de preguntarse si acaso, hoy, tiene sentido hablar de los laudos como ayudas de Estado cuando el arbitraje de inversiones intra-UE ha sido prácticamente desterrado de la UE. Al respecto, se ha de recordar que entre las controversias a las que se enfrenta España hay unas cuantas en las que los inversores (o algunos de ellos) son inversores de Estados no miembros de la Unión (107). En estos casos, el arbitraje de inversiones *extra-UE*, en principio, no sería incompatible con el Derecho de la Unión ¿pero podría considerarse que un laudo que impone a España la obligación de abonar una indemnización por la supresión del régimen de

incentivos de 2007 constituye igualmente una ayuda de Estado y, por tanto, debe ser previamente autorizada por la Comisión? Si la respuesta fuera afirmativa, estos casos también plantearán situaciones de colisión entre distintos ordenamientos jurídicos, colocando a estos laudos en un escenario similar al de los laudos dictados por los tribunales arbitrales intra-UE. Por ello, tanto la sentencia del TJ en el asunto *Micula*, como el procedimiento relativo al laudo *Antin* seguirían manteniendo, en la actualidad, un interés indudable.

Para finalizar, nos preguntamos hasta qué punto la hipótesis de considerar un laudo arbitral como una ayuda de Estado no constituye una ficción jurídica empleada por la Comisión como parte de la estrategia dirigida, principalmente, a luchar contra el arbitraje de inversiones intra-UE, y no tanto con la finalidad de evitar el falseamiento de la competencia en los intercambios comerciales que suceden en el mercado interior. En este sentido, resulta algo forzado centrar el foco en un laudo cuando la medida, la ayuda estatal, que está en el origen de todo es el régimen de ayudas implantado en el 2007. En este sentido, si el fin último consiste en evitar el falseamiento de los intercambios comerciales en el mercado interior, quizás hubiera sido más natural centrar la evaluación de la Comisión en el análisis del régimen de 2007 en su posible aplicación posterior a la implantación del régimen de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J.F., "Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55, 2016.

BARTLETT CASTELLÁ, E. R., "La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una pirueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 61, 2019, pp. 169-194.

BUNGENBERG, M., "The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics", en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42.

DIAS SIMÕES, F., "A Guardian and a Friend? The European Commission's Participation in Investment Arbitration", *Michigan State International Law Review*, n.º 25, 2017, pp. 233-303.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 666-676.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, n.º 2, 2014, pp. 369-397.

FERNÁNDEZ PONS, X., "Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 1-49.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., "El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 871-907.

IRANZO CEREZO, J.D., "Spain. Remuneration to Avoid Compensation", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2020, pp. 392-395.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)", *LA LEY: Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

LINARES RODRÍGUEZ, E., "España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Sixto Sánchez Lorenzo, Gonzalo Stampa Casas Eds.), Thomson Reuters-Civitas, España, 2020, pp. 803-821.

LÓPEZ ESCUDERO, M., "Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables", en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* (coord. José Martín y Pérez de Nanclares), 2014, pp. 223-265.

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A.M., "The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU", *Transnational Environmental Law*, vol. 8, n.º 2, 2019, pp. 279-302 (doi:10.1017/S204710251900013X).

MOMIC, M., "Can an ICSID Arbitral Award for the Compensation of Damages be Regarded as State Aid?", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2019, pp. 346-351.

PÉREZ BERNABEU, B., "Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2020, pp. 329-338. (DOI: 10.21552/estal/2020/3/9).

PÉREZ RIVARÉS, J.A., "Capítulo 8. El régimen jurídico de las ayudas de Estado en la Unión Europea", en la obra, ORTEGA GÓMEZ, M. (ed.), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI*, ed., Bosch Editor, 2016.

POULAIN B. y RAUX, M. "Actualité du droit européen des investissements internationaux", *Revue générale de Droit International Public*, n.º 1, 2011, pp. 113-140.

REINISCH, A., "The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"", en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

REQUENA CASANOVA, M., "Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las

energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 42, 2019.

SAAVEDRA PINTO, C., "The 'Narrow' Meaning of the Legitimate Expectations Principle in State Aid Law Versus the Foreign Investor's Legitimate Expectations. A Hopeless Clash or an Opportunity for Convergence?", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2016, pp. 270-285.

SHAN W. y S. ZHANG, S., "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 1049-1073.

STANIČ, A., "ICSID Trumps State Aid in the UK but Uncertainty Remains Regarding Enforcement of New York Convention Awards in post-Brexit UK", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2020, pp. 165-171 (DOI: 10.21552/estal/2020/2/8).

STRUCKMANN, K., G. FORWOOD, A. KADRI y WALLIN, A., "Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: More Questions than Answers" *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2017, pp. 316-321.

STRUCKMANN, K., G. FORWOOD y KADRI, A., "Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence?", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2016, pp. 258-269.

SUCIU, D.C., "Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 37, junio 2019.

TIETJE, Ch. y WACKERNAGEL, Cl., "Outlawing Compliance? — The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 2014, n.º 41, pp. 1-9.

VILLAGRASA ROZAS, M.M., "Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, Zaragoza, 2018, pp. 415-449.

VIS-DUNBAR, D., "EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties", *Investment Treaty News*, IISD, febrero de 2009, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>. (última consulta: 15/11/2021).

VV. AA., "Special Section — The Achmea Case Between International Law and European Union Law" (ed. S. Barbou des Places, E. Cimiotta y J. Santos Vara), *European Papers — A Journal on Law and Integration*, vol. 4, n.º 1, 2019, pp. 7-121

(1)

Trabajo realizado en el marco de las actividades de investigación del Grupo de Investigación

Consolidado del Gobierno Vasco (referencia IT1039-16) y del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación "La legalidad de la explotación de los recursos naturales de los territorios sometidos a dominación colonial y neocolonial y de los *global commons*" (PID2020-117936GB-I00).

[Ver Texto](#)

- (2) *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y otros* (antes Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y otros) c. *Reino de España*, Caso CIADI, n.º ARB/13/31.

[Ver Texto](#)

- (3) En relación con las disputas sobre renovables españolas véanse: M. López Escudero, "Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables", en *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* (coord. J. Martín y Pérez de Nanclares), 2014, pp. 223-265; A., Fernández Pérez, "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, n.º 2, 2014, pp. 369-397; E. Fernández Masiá, "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 666-676; M. Requena Casanova: "Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 42/2019; D.C. Suciú, "Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la STJ la Unión Europea en el asunto Achmea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 37, junio 2019.

[Ver Texto](#)

- (4) BOE 28.11.1997.

[Ver Texto](#)

- (5) BOE 26.5.2007.

[Ver Texto](#)

- (6) Esta preocupación por el déficit de tarifa no se vio aliviada, sino al contrario quizás intensificada, con la llegada al Gobierno de España del Partido Popular a finales del año 2011. Tal y como recuerda el propio laudo (*Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/36, ap. 137), en el discurso de investidura, el Presidente Mariano Rajoy se refirió al déficit tarifario acumulado (que por entonces ascendía a más de 22 mil millones) y anunció reformas estructurales en el sistema energético, señalando que estas resultaban imprescindibles y que "(t)endremos, pues, que aplicar una política basada en frenar y reducir los costes medios del sistema".

[Ver Texto](#)

- (7) BOE 7.5.2009.

[Ver Texto](#)

(8) BOE 8.12.2010.

[Ver Texto](#)

(9) BOE 28.1.2012.

[Ver Texto](#)

(10) BOE 28.12.2012; esta nueva norma dispuso un impuesto del 7% sobre el valor de la producción de la energía eléctrica que gravaba la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica.

[Ver Texto](#)

(11) BOE 13.7.2013.

[Ver Texto](#)

(12) BOE 27.12. 2013.

[Ver Texto](#)

(13) BOE 10.6.2014.

[Ver Texto](#)

(14) BOE 20.6.2014.

[Ver Texto](#)

(15) BOE 5.8.2014.

[Ver Texto](#)

(16) En relación con vías distintas a las internas, se ha de mencionar que, al menos en alguna ocasión, se ha recurrido al Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En este sentido, el tribunal arbitral en el asunto *Charanne B. V. y Constructions Investments S.à.r.l c. España*, Caso SCC n.º V (062/2012), ap. 169, se refiere a un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentado por la empresa T-Solar y las sociedades vehículo propietarias de las plantas en cuestión.

[Ver Texto](#)

(17) Los tribunales españoles se han manifestado a favor de la legalidad de las modificaciones legislativas llevadas a cabo por el Estado. En este sentido, entre la numerosa jurisprudencia, cabe destacar las SSTC 270/2015, de 18 de diciembre de 2017 (BOE 22.1.2016), STC 19/2016, de 4 de febrero (BOE 7.3.2016), STC 29/2016, de 18 de febrero de 2016 (BOE 23.3.2016), STC 30/2016, de 18 de febrero de 2016 (BOE 23.3.2016) y STC 61/2016, de 17 de marzo de 2016 (BOE 22.4.2016). Todas estas sentencias del Tribunal Constitucional descartan la vulneración de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima por parte del RDL 9/2013. Para una visión crítica de la jurisprudencia del TC *vid.* J.F.

Alenza García, "Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]", *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55, 2016. También es numerosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo; entre otras decisiones véanse las sentencias de sala de lo contencioso, de 27 de abril de 2017 (Roj: STS 1638/2017), de 1 de junio de 2016 (Roj: STS 2427/2016), de 10 de junio de 2016 (Roj: STS 2692/2016) o la sentencia de 13 de enero de 2017 (Roj: STS 61/2017). Hay que señalar, además, que varias regiones españolas como Extremadura, Murcia o Valencia también presentaron recursos de inconstitucionalidad contra algunas de las medidas regulatorias en cuestión.

Ver Texto

(18) Según datos proporcionados por la Unctad, a 31 de diciembre de 2020, Argentina ha actuado como Estado demandado en 62 ocasiones, Venezuela en 54, seguido por España con 53 asuntos. Datos disponibles en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?id=197&name=spain&role=respondent> (última consulta: 15/11/2021).

Ver Texto

(19) A 3 de agosto de 2021: *PV Investors c. España*, Caso CPA n.º 2012-14; *Charanne B.V. y Constructions Investments S.à.r.l. c. España*, Caso SCC n.º V (062/2012); *CSP Equity Investment S.à.r.l. c. España*, Caso SCC; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España*, Caso SCC n.º V (2013/153); *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/30; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31; *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/36; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/1; *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/11; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/12; *RENERGY S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/18; *RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/34; *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/1; *STEAG GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/4; *Alten Renewable Energy Developments B.V. c. España*, Caso SCC; *9REN Holding S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/15; *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/16; *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/20; *Matthias Kruck y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/23; *KS Invest GmbH y TLS Invest GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/25; *JGC Corporation c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/27; *Cavalum SGPS, S.A. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/34; *E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH y E.ON Iberia Holding GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/35; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/36; *SolEs Badajoz GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/38; *Hydro Energy 1 S.à.r.l. y Hydroxana Sweden AB c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/42; *Watkins Holdings S.à.r.l. y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/44; *Landesbank Baden-Württemberg y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/45; *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España*, Caso SCC n.º 2015/063; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. y otros c. España*, Caso SCC n.º 2015/150; *Solarpark Management GmbH & co y Atum I KG c. España*, Caso SCC n.º 2015/163; *Eurus Energy Holdings Corporation y Eurus Energy Europe B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/4; *Gilatz Spain S.L., Aharon Naftali Biram, Redmill Holdings Ltd., y Sun-Flower Olmeda GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/17; *Infracapital F1 S.à.r.l. y Infracapital Solar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/18; *Sevilla Beheer B.V. y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/27; *Green Power K/S y Obton A/S c. España*, Caso SCC n.º 2016/135; *Portigon AG c. España*, Caso CIADI n.º

ARB/17/15; DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG y otros c. España, Caso CIADI n.º ARB/17/41; FREIF Eurowind Holdings Ltd. c. España, Caso SCC n.º 2017/060; Triodos SICAV II c. España, Caso SCC n.º 2017/194; EDF Energies Nouvelles c. España, UNCITRAL; Itochu Corporation c. España, Caso CIADI n.º ARB/18/25; EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) y Tubo Sol PE2 S.L. c. España, Caso CIADI n.º ARB/18/42; European Solar Farms A/S c. España Caso CIADI n.º ARB/18/45; Canepa Green Energy Opportunities I S.á.r.l. y Canepa Green Energy Opportunities II S.á.r.l. c. España, Caso CIADI n.º ARB/19/4; Sapec S.A. c. España, Caso CIADI n.º ARB/19/23; VM Solar Jerez GmbH y otros c. España, Caso CIADI n.º ARB/19/30; Mitsui & Co., Ltd. c. España, Caso CIADI n.º ARB/20/47; Spanish Solar 1 Limited y Spanish Solar 2 Limited c. España, Caso CIADI n.º ARB/21/39. Información disponible en <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> (última consulta: 15/11/2021).

Ver Texto

(20) *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/36.

Ver Texto

(21) BOE 23.11.2013. En cualquier caso, es interesante la reflexión de J.D, Iranzo Cerezo, "Spain. Remuneration to Avoid Compensation", *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2020, p. 395 según la cual: "The legislative solution adopted seems to contradict that which has been maintained until recently. It is now a question of granting a higher return and for a longer period than under the ordinary regime in order to avoid having to pay compensation which, paradoxically, could ultimately be considered State aid. (...) Nor is it easy to answer whether this might constitute a selective economic advantage (or at least discriminatory), given that only nonnational entities can choose between a higher remuneration or the compensation that could be awarded by an arbitration award. And this is because — it should not be forgotten — that the latter is forbidden to national entities".

Ver Texto

(22) *PV Investors c. España*, Caso CPA n.º 2012-14; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/30; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/1.

Ver Texto

(23) *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/1. Se ha de señalar que en este caso el laudo había rechazado la pretensión de la reclamante.

Ver Texto

(24) Teniendo en cuenta que en algunos pocos asuntos los tribunales arbitrales no han observado violación de las disposiciones sustantivas del TCE, los laudos que se encuentran por ejecutar son los siguientes: *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31; *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/11; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/12; *RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/34; *gREN Holding S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/15; *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/20; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding c. España*, Caso CIADI n.º

ARB/15/36; *SolEs Badajoz GmbH c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/38; *Hydro Energy 1 S.à.r.l. y Hydroxana Sweden AB c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/42; *Watkins Holdings S.à.r.l. y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/44; *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España*, Caso SCC n.º 2015/063; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. y otros c. España*, Caso SCC n.º 2015/150.

Ver Texto

(25) Sobre el alcance de esta competencia, *Vid.*, Dictamen del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592. Entre la numerosa doctrina, L.M. Hinojosa Martínez, "El alcance la competencia exterior europea en materia de inversiones", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 871-907; W. Shan y S. Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 1049-1073; M. Bungenberg, "The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics", en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 29-42; A. Reinisch, "The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"", en *International Investment Law and EU Law* (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

Ver Texto

(26) Por ejemplo, *Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2008-13 (hoy, *Achmea*), en el asunto *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2010-17 o en el asunto *Isolux c. España*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso n.º V2013/153. *Vid.* F. Dias Simões, "A Guardian and a Friend? The European Commission's Participation in Investment Arbitration", *Michigan State International Law Review*, n.º 25, 2017, pp. 233-303.

Ver Texto

(27) *Vid.* la lista de asuntos en los que ha participado la Comisión Europea en https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/national-/courts/observations-other-courts_en. (última consulta: 15/11/2021)

Ver Texto

(28) Mediante su recurso de casación la Comisión solicita anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 18 de junio de 2019, *European Food SA y otros/Comisión*, T-624/15, T-694/15 y T-704/15, EU:T:2019:423), mediante la cual anuló la Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013 [notificada con el número C(2015) 2112] (DO L 232 de 4 de septiembre de 2015, p. 43).

Ver Texto

(29) Comisión Europea, Asunto: Ayuda estatal SA.54155 (2021/NN) — Laudo arbitral de *Antin — España*, C(2021) 5405 final, de 19 de julio de 2021.

Ver Texto

(30) Sobre el asunto, *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/36, cabe señalar que el laudo en cuestión ha sido posteriormente anulado por el Comité de anulación en su decisión de 11 de junio de 2020.

[Ver Texto](#)

(31) Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 2017, *Ayuda estatal SA.40348 (2015/NN)*, España, *Ayuda a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*, ap. 165.

[Ver Texto](#)

(32) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31, laudo, de 15 de junio de 2018; y *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31, Decisión sobre rectificación del laudo, de 29 de enero de 2019.

[Ver Texto](#)

(33) En cuanto al procedimiento iniciado ante los tribunales australianos, *vid.*. Decisión de la Federal Court of Australia, *Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L v Kingdom of Spain* [2019] FCA 1220, de 1 de agosto de 2019. En relación con el procedimiento iniciado en los EE UU de América, *vid.*. Memorandum Opinion and Order of the United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 18-1753 (EGS), de 28 de agosto de 2019.

[Ver Texto](#)

(34) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31, Decisión sobre la solicitud de continuación de la suspensión provisional de la ejecución del laudo, de 21 de octubre de 2019.

[Ver Texto](#)

(35) *Vid.*. Decisión de la Federal Court of Australia [2020] FCA 157, de 24 febrero de 2020, ap. 23.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.*. Minute Order of US District Court for the District of Columbia, de 15 de julio de 2020.

[Ver Texto](#)

(37) Decisión de la Federal Court of Australia, *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.* (No 3) [2021] FCAFC 112, de 25 de junio de 2021.

[Ver Texto](#)

(38) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI

n.º ARB/13/31, Decisión sobre anulación, de 30 de julio de 2021.

[Ver Texto](#)

(39) En concreto, debe abonar un interés compuesto mensual del 2,07 % desde el 20 de junio de 2014 hasta la fecha del laudo (15 de junio de 2018) más un interés compuesto mensual del 2,07 % desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago; 563 256,17 € como contribución al pago de su parte de las costas procesales y 2 840 661,41 € como contribución al pago de sus gastos de representación (Laudo *Antin*, ap. 748).

[Ver Texto](#)

(40) Reglamento (UE) 2015/1589, del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 9.2015).

[Ver Texto](#)

(41) Todo ello en aplicación del art. 5 del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015.

[Ver Texto](#)

(42) Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2021, en el asunto SA.54155 (2021/NN) — Laudo arbitral de *Antin — España* (C(2021) 5405 final).

[Ver Texto](#)

(43) Plazo que la Comisión, a solicitud de España, puede prorrogar en un mes más en el caso de que esté debidamente justificado (art. 6.1º del Reglamento 2015/1589, de 13 de julio de 2015 y párrafo 54 del Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de ayudas estatales, DO C 253 de 19.7.2018).

[Ver Texto](#)

(44) Párrafo 64 del Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de ayudas estatales (DO C 253 de 19.7. 2018).

[Ver Texto](#)

(45) Párrafos 62 y 63 del Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de ayudas estatales (DO C 253 de 19.7.2018).

[Ver Texto](#)

(46) Párrafo 65 del Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de ayudas estatales (DO C 253 de 19.7.2018).

[Ver Texto](#)

(47) STJ 22 de septiembre de 2020, *Austria/Comisión*, C-594/18, EU:C:2020:742, ap. 44. En el mismo sentido, la STJ 15 de abril de 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, EU:C:2008:224, aps. 50 y 51.

Ver Texto

(48) Comisión Europea, Asunto: Ayuda estatal SA.54155 (2021/NN) — *Laudo arbitral de Antin — España*, C(2021) 5405 final, de 19 de julio de 2021, considerandos 96-102.

Ver Texto

(49) *Vid.* D. Vis-Dunbar, "EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties", *Investment Treaty News*, IISD, febrero de 2009, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/> (última consulta: 15/11/2021); B. Poulain y M. Raux, "Actualité du droit européen des investissements internationaux", *Revue générale de Droit International Public*, n.º 1, 2011, pp. 132-133.

Ver Texto

(50) STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158. Entre los muchos comentarios sobre la sentencia *Achmea*: X. Fernández Pons, "Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto *Achmea*, su contexto y sus implicaciones", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 1-49. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)", *LA LEY: Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23. VV. AA., "Special Section — The *Achmea* Case Between International Law and European Union Law" (ed. S. Barbou des Places, E. Cimiotta y J.Santos Vara), *European Papers — A Journal on Law and Integration*, vol. 4, n.º 1, 2019, pp. 7-121.

Ver Texto

(51) STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 62.

Ver Texto

(52) DO L 169 de 29 de mayo de 2020, p. 1/41. En vigor desde 29 de agosto de 2020, DO L 281 de 28 de agosto de 2020, p. 1/1.

Ver Texto

(53) *Vid.* conclusiones del abogado general M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2017:699., ap. 43.

Ver Texto

(54) Junto con otros 23 Estados, tanto la UE y Euratom como todos sus Estados miembros, excepto Italia, han ratificado el TCE. Decisión 98/181/CE, CECA y Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, DO L 69 de 9.3.1998. Italia denunció el TCE el 31 de diciembre de 2014,

siendo esta denuncia efectiva desde el 1 de enero de 2016.

Ver Texto

(55) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Protección de la inversión intra-UE*, de 19 de julio de 2018, COM(2018) 547 final, p. 4.

Ver Texto

(56) Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 de enero de 2019, p. 2, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 15/11/2021).

Ver Texto

(57) Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por el tribunal de *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et alt. c. España*, SCC Arbitration V (2015/150), laudo final, de 14 de noviembre de 2018, ap. 221, quien ha señalado que: "*the Tribunal (...) it is not aware of a single award that has found "intra-EU" disputes to be excluded from the scope of Article 26(1) ECT. By contrast, the Claimants led the Tribunal to eighteen awards in which jurisdiction over intra-EU investment treaty disputes has been upheld. Since the Hearing, at least two more published awards (Novenergia v. Spain and Masdar v. Spain) have reached the same conclusion*".

Ver Texto

(58) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 66.

Ver Texto

(59) *Ibid.*, ap. 49. Para completar la argumentación del Tribunal de Justicia, véase, los aps. 23 a 27 de la propia sentencia. En el mismo sentido, Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 de enero de 2019, p. 2, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 15/11/2021).

Ver Texto

(60) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 50.

Ver Texto

(61) *Ibid.*, ap. 52.

Ver Texto

(62) *Ibid.*, aps. 54-60.

[Ver Texto](#)

(63) *Ibid.*, ap. 61.

[Ver Texto](#)

(64) *Ibid.*, ap. 62.

[Ver Texto](#)

(65) *Ibid.*, ap. 64. En contra de esta posición se había manifestado, por ejemplo, E.R. Bartlett Castellá, "La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una pirueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 61, 2019, p. 186.

[Ver Texto](#)

(66) Comisión Europea, Asunto: Ayuda estatal SA.54155 (2021/NN) — *Laudo arbitral de Antin — España*, C(2021) 5405 final, de 19 de julio de 2021, considerando 100.

[Ver Texto](#)

(67) *Ibid.*, considerando 101.

[Ver Texto](#)

(68) *Vid.* H. Wehland, "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle", *Int. Comp. L. Q.*, vol. 58, 2009, pp. 310 ss.

[Ver Texto](#)

(69) Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341, aps. 168-169.

[Ver Texto](#)

(70) Al respecto *vid.*, entre otras, STJ 27 de junio de 2017, asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496, ap. 38; STJ 21 de diciembre de 2016 asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, *Comisión/World Duty Free Group*, EU:C:2016:981, ap. 53; STJ 23 de abril de 2009, asunto C-460/07, *Puffer*, EU:C:2009:254, ap. 68; STJ 20 de noviembre de 2003, asunto C-126/01, *GEMO SA*, EU:C:2003:622, aps. 21 ss; STJ 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg*, EU:C:2003:415, aps. 74 ss; STJ 16 de mayo de 2002, asunto C-482/99, *Francia/Comisión*, EU:C:2002:294, aps. 68 ss; STJ 14 de septiembre de 1994, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, *España/Comisión*, EU:C:1994:325, aps. 20 ss; y STJ 21 de marzo de 1990, asunto C-142/87, *Bélgica/Comisión*, EU:C:1990:125, aps. 25 ss.

[Ver Texto](#)

(71) STJ 11 de julio de 1996, C-39/94, *SFEI y otros*, EU:C:1996:285, ap. 60; y STJ 29 de abril de 1999, asunto C-342/96, *España/Comisión*, EU:C:1999:210, ap. 41.

Ver Texto

(72) J.A. Pérez Rivarés, "Capítulo 8. El régimen jurídico de las ayudas de Estado en la Unión Europea", en la obra, M. Ortega Gómez (ed.), *Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI*, Bosch Editor, 2016, p. 279.

Ver Texto

(73) El propio art. 107.1 del TFUE hace alusión literalmente a ayudas otorgadas por los Estados "bajo cualquier forma".

Ver Texto

(74) Al respecto *vid.* STJ 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg*, EU:C:2003:415, ap. 84; STJ 14 de noviembre de 1984, asunto C-323/82, *Intermills/Comisión*, EU:C:1984:345, ap. 31; STJ 2 de julio de 1974, asunto C-173/73, *Italia/Comisión*, EU:C:1974:71, aps. 26 a 28; y STJ 15 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Flaminio Costa y ENEL*, EU:C:1964:66, ap. relativo a la interpretación del art. 93 TCEE.

Ver Texto

(75) STJ 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92, *Banco Exterior de España*, EU:C:1994:100, ap. 13. En el mismo sentido *vid.*, entre otras, STJ 20 de noviembre de 2003, asunto C-126/01, *GEMO SA*, EU:C:2003:622, ap. 28; STJ 8 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, *Italia y SIM 2, Multimedia/Comisión*, EU:C:2003:252, ap. 35; STJ 19 de septiembre de 2000, asunto C-156/98, *Alemania/Comisión*, EU:C:2000:467, ap. 25; y STJ 11 de julio de 1996, C-39/94, *SFEI y otros*, EU:C:1996:285, ap. 58.

Ver Texto

(76) *Vid.*, al respecto, A.M. López-Rodríguez, "The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU", *Transnational Environmental Law*, 2019, n.º 8:2, pp. 287 ss; B. Pérez Bernabeu, "Taxation, State Aid Rules and Arbitral Courts: A BIT of a Mess in the Micula Saga", *European State Aid Law Quarterly*, 2020, n.º 3, pp. 334 ss; y K. Struckmann, G. Forwood y A. Kadri, "Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules: Conflict or Co-existence?", *European State Aid Law Quarterly*, 2016, n.º 2, pp. 263 y 266 ss.

Ver Texto

(77) *Vid.* STJ 27 de diciembre de 1988, asuntos acumulados C-106 a 120/87, *Asteris y otros / Grecia y CEE*, EU:C:1988:457, aps. 23 y 24.

Ver Texto

(78) Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2019, asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15, *European Food y otros / Comisión*, EU:T:2019:423, ap. 103.

Ver Texto

(79)

Decisión 2015/1470, de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.3817 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013 (DO L 232, de 4 de septiembre de 2015).

[Ver Texto](#)

(80) Al respecto *vid.* M. Momic, "Can an ICSID Arbitral Award for the Compensation of Damages be Regarded as State Aid?", *European State Aid Law Quarterly*, 2019, n.º 3, pp. 348 ss; y Ch. Tietje, y Cl. Wackernagel, "Outlawing Compliance? — The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, 2014, n.º 41, pp. 7 ss.

[Ver Texto](#)

(81) *Vid.* STJ 16 de mayo de 2002, asunto C-482/99, *Francia/Comisión*, EU:C:2002:294, ap. 24; y STPI 5 de abril de 2006, asunto T-351/02, *Deutsche Bahn/Comisión*, EU:T:2006:104, ap. 103.

[Ver Texto](#)

(82) *Vid.* STJ 23 de abril de 2009, asunto C-460/07, *Puffer*, EU:C:2009:254, ap. 70; y STPI 5 de abril de 2006, asunto T-351/02, *Deutsche Bahn/Comisión*, EU:T:2006:104, ap. 102.

[Ver Texto](#)

(83) STPI 12 de diciembre de 1996, asunto T-358/94, *Air France/Comisión*, EU:T:1996:194, ap. 56.

[Ver Texto](#)

(84) *Vid.* STJ 14 de octubre de 1987, asunto 248/84, *Alemania/Comisión*, EU:C:1987:437, ap. 17; y STPI 6 de marzo de 2002, asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, *Diputación Foral de Álava/Comisión*, EU:T:2002:61, ap. 57.

[Ver Texto](#)

(85) STPI 12 de diciembre de 1996, asunto T-358/94, *Air France/Comisión*, EU:T:1996:194, aps. 58 ss.

[Ver Texto](#)

(86) STG 18 de junio de 2019, asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15, *European Food y otros / Comisión*, EU:T:2019:423, aps. 69 y 75 ss.

[Ver Texto](#)

(87) Apartados 81 a 85 de la Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2021, en el asunto SA.54155 (2021/NN) — Laudo arbitral de *Antin — España* (C(2021) 5405 final).

[Ver Texto](#)

(88) *Vid.* STJ 27 de marzo de 1980, asunto 61/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Denkavit*

Italiana, EU:C:1980:100, ap. 31 y STPI 5 de abril de 2006, asunto T-351/02, *Deutsche Bahn/Comisión*, EU:T:2006:104, ap. 100.

[Ver Texto](#)

⁽⁸⁹⁾ Al respecto *vid.* A.M. López-Rodríguez, "The Sun Behind...", *loc. cit.*, p. 287; B. Pérez Bernabeu, "Taxation, State Aid Rules...", *loc. cit.*, pp. 335 y s.; K. Struckmann, G. Forwood y A. Kadri, "Investor-State...", *loc. cit.*, pp. 264 y s.; y Ch. Tietje, y Cl. Wackernagel, "Outlawing Compliance?..", *loc. cit.*, pp. 3 ss.

[Ver Texto](#)

⁽⁹⁰⁾ STPI 15 de junio de 2000, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, *Alzetta y otros/Comisión*, EU:T:2000:151, ap. 81.

[Ver Texto](#)

⁽⁹¹⁾ STJ 3 de marzo de 2005, asunto C-172/03, *Heiser*, EU:C:2005:130, ap. 55. En el mismo sentido, entre otras, STJ 27 de junio de 2017, asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496, ap. 80; y STJ 19 de septiembre de 2000, asunto C-156/98, *Alemania / Comisión*, EU:C:2000:467, ap. 30.

[Ver Texto](#)

⁽⁹²⁾ Al respecto, *vid.*, entre otras, STPI 29 de septiembre de 2000, asunto T-55/99, *CETM/Comisión*, EU:T:2000:223, ap. 89; y STPI 15 de junio de 2000, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, *Alzetta y otros/Comisión*, EU:T:2000:151, ap. 84.

[Ver Texto](#)

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, ap. 84.

[Ver Texto](#)

⁽⁹⁴⁾ Dado que, tal y como señala el Tribunal de Justicia, "cuando un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión" (STJ 14 de enero de 2015, asunto C-518/13, *Eventech*, EU:C:2015:9, ap. 67). En el mismo sentido *vid.* STJ 27 de junio de 2017, asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496, ap. 79. "Además, el fortalecimiento de una empresa que, hasta entonces, no participaba en los intercambios intracomunitarios puede colocarla en una situación que le permita penetrar en el mercado de otro Estado miembro" (STJ 8 de mayo de 2013, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, *Libert y otros*, EU:C:2013:288, ap. 78).

[Ver Texto](#)

⁽⁹⁵⁾ *Vid.*, entre otras, STJ 14 de enero de 2015, asunto C-518/13, *Eventech*, EU:C:2015:9, aps. 65 ss; STJ 8 de mayo de 2013, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, *Libert y otros*, EU:C:2013:288, aps. 76 ss; STJ 3

de marzo de 2005, asunto C-172/03, *Heiser*, EU:C:2005:130, aps. 32 y 33; y STJ 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg*, EU:C:2003:415, ap. 81.

[Ver Texto](#)

(96) STJ 22 de diciembre de 2008, asunto C-487/06 P, *British Aggregates / Comisión*, EU:C:2008:757, ap. 82 .

[Ver Texto](#)

(97) STJ 15 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, *Comisión y España / Government of Gibraltar y Reino Unido*, EU:C:2011:732, aps. 72 y 73.

[Ver Texto](#)

(98) STJ 13 de febrero de 2003, asunto C-409/00, *España/Comisión*, EU:C:2003:92, ap. 46.

[Ver Texto](#)

(99) Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2013, asunto T-499/10, *MOC / Comisión*, EU:T:2013:592, ap. 54. *Vid.*, en el mismo sentido, STJ 13 de febrero de 2003, asunto C-409/00, *España/Comisión*, EU:C:2003:92, ap. 47; STJ 8 de noviembre de 2001, asunto C-143/99, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, EU:C: 2001:598, apd. 41; y STJ 1 de diciembre de 1988, asunto C-200/97, *Ecotrade/Altiforni e Ferriere di Servola*, EU:C:1998:579 , ap. 41.

[Ver Texto](#)

(100) K. Struckmann, G. Forwood y A. Kadri, "Investor-State...", *loc. cit.*, p. 266. En el mismo sentido se manifiestan A.M. López-Rodríguez, "The Sun Behind...", *loc. cit.*, p. 287; y B. Pérez Bernabeu, "Taxation, State Aid Rules...", *loc. cit.*, p. 335.

[Ver Texto](#)

(101) A la que el art. 108 del TFUE reconoce la facultad exclusiva de declarar la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado.

[Ver Texto](#)

(102) DO C 82 de 1.4.2008.

[Ver Texto](#)

(103)
DO C 200 de 28.6. 2014.

[Ver Texto](#)

(104) En este sentido, tal y como señala E. Linares Rodríguez, "España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Pedro Alberto de

Miguel Asensio, Sixto Sánchez Lorenzo, Gonzalo Stampa Casas Eds.), Thomson Reuters-Civitas, España, 2020, p. 814, los inversores acuden a los tribunales de los EE UU de América "no solo en la búsqueda de una práctica jurisprudencial hipotéticamente favorable y alejada de los obstáculos del orden público europeo, sino también por la certeza de que España tiene allí suficientes bienes susceptibles de embargo con los que hacer frente a las compensaciones pecuniarias establecidas en los laudos". Y apunta, además, que "la disponibilidad de un amplio *Discovery* post-laudo, sobre bienes y derechos del deudor, hace aún más atractiva la elección de este foro".

Ver Texto

⁽¹⁰⁵⁾En este sentido, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Protección de la inversión intra-UE*, de 19 de julio de 2018, COM(2018) 547 final, p. 4.

Ver Texto

⁽¹⁰⁶⁾Así lo han entendido los tribunales suecos (Decisión del Tribunal de Distrito de Nacka en Estocolmo (Suecia), de 2333 de enero de 2019, ggp. 13, disponible en <https://www.italaw.com/> (última consulta: 15/11/2021), y también en un primer momento los tribunales del Reino Unido (Decision of the UK High Court of Justice on Romania's Request to Set Aside the Registration of the ICSID Award [2017] EWHC 31 (Comm), ap. 203). Sin embargo, posteriormente, el UK Supreme Court en su decisión de 19 de febrero de 2020, en el asunto *Micula and other v. Romania*, 2020] UKSC 5, ha declarado, por unanimidad, que de conformidad con el art. 351 TFUE las obligaciones del Reino Unido derivadas del Convenio CIADI prevalecen sobre la obligación de cooperar lealmente (art. 4.3º TUE) para dar efecto a la decisión de ayuda de Estado de la Comisión. De esta forma, el Reino Unido se presenta como una jurisdicción donde los laudos CIADI intra-UE podrán ser ejecutados en el futuro.

Ver Texto

⁽¹⁰⁷⁾Dejando de lado los asuntos que afectan a los inversores del Reino Unido, en varios asuntos podemos encontrar inversores de Japón (*JGC Corporation c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/27; *Eurus Energy Holdings Corporation y Eurus Energy Europe B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/4; *Itochu Corporation c. España*, Caso CIADI n.º ARB/18/25; *Mitsui & Co., Ltd. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/20/47), y de Suiza (*OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding c. España*, Caso CIADI n.º ARB/15/36; *DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG y otros c. España*, Caso CIADI n.º ARB/17/41; *EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) y Tubo Sol PE2 S.L. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/18/42).

Ver Texto

La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales (1)

The Court of Justice's position against investment arbitration and the reaction by international arbitral tribunals

La posición del TJUE contra la validez de los arbitrajes de inversión intra-UE es clara, tal y como se desprende de sus decisiones en los asuntos *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*. Sin embargo, las conclusiones alcanzadas en dichas sentencias no han sido compartidas ni aceptadas fuera del estricto ámbito en el que el TJUE ejerce su jurisdicción. Por el contrario, los tribunales arbitrales internacionales, hasta la fecha, han sostenido de manera reiterada e invariable su jurisdicción para conocer de los arbitrajes de inversión intra-UE cuando la misma deriva de tratados bilaterales o multilaterales de inversión libremente suscritos por los Estados miembros demandados o por la propia UE.

Arbitraje, Tribunal de Justicia, Unión Europea, Tratados Bilaterales de Inversión, Tratado de la Carta de la Energía, Convenios Arbitrales, *Achmea*, *Komstroy*, *PL Holdings*

The CJEU's position against the validity of intra-EU investment arbitration is clear, as evidenced by its decisions on the *Achmea*, *Komstroy* and *PL Holdings* cases. However, the conclusions reached in those judgments have not been shared nor accepted outside the narrow scope where the CJEU exercises its jurisdiction. On the contrary, international arbitral tribunals have, to date, repeatedly and consistently upheld their jurisdiction to hear intra-EU investment arbitrations when such jurisdiction derives from bilateral or multilateral investment treaties freely entered into by the respondent member states or by the EU itself.

Arbitration, Court of Justice, European Union, Bilateral Investment Treaties, Energy Charter Treaty, Arbitration Agreements, *Achmea*, *Komstroy*, *PL Holdings*



Fernando Bedoya

Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca



Javier Tarjuelo

Abogado de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

I. INTRODUCCIÓN

Las instituciones de la Unión Europea («UE»), tanto en su vertiente política como judicial, han optado por abandonar el arbitraje de inversión como mecanismo para la resolución de disputas entre inversores y Estados pertenecientes a la UE. Esta decisión es patente, al menos, desde la conocida decisión del Tribunal de Justicia de la UE («TJUE») en el caso *Achmea* en 2018, que después ha sido seguida por las sentencias *Komstroy* y *PL Holdings* en 2021.

En lo que respecta a la decisión política de la UE y sus Estados miembros de prescindir a futuro del arbitraje de inversión dentro del ámbito de la UE, puede no compartirse, pero es legítima en la medida en que, para su adopción, se respeten los procedimientos y requisitos fijados por el Derecho de la Unión.

Cuestión muy distinta es pretender liberarse de las obligaciones voluntariamente asumidas por los Estados miembros y por la propia UE frente a terceros *ex post*, con base en una serie de sentencias del TJUE que vienen a defender una aplicación exorbitante del Derecho de la Unión, tratando de otorgar al mismo una suerte de primacía sobre las normas de Derecho Internacional Público ciertamente discutible.

En el presente artículo se expondrán de manera detallada: (i) por un lado, los argumentos que han llevado al TJUE a considerar que los arbitrajes de inversión intra-UE son contrarios al Derecho de la Unión; y (ii) por otro lado, los motivos por los que dichos argumentos del TJUE no han sido aceptados, salvo error, por los tribunales arbitrales internacionales que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión.

II. LA POSICIÓN DE LA UE FRENTE AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN TRES SENTENCIAS Y UN ACUERDO

Lo que podríamos bautizar como la saga de la UE contra el arbitraje de inversión tiene cuatro grandes hitos recientes —tres jurídicos y uno político—; a saber: (i) la sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* de 6 de marzo de 2018; (ii) el acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión («TBI») entre Estados miembros de 5 de mayo de 2020; (iii) la sentencia del TJUE en el asunto *Komstroy* de 2 de septiembre de 2021; y (iv) la sentencia del TJUE en el asunto *PL Holdings* de 26 de octubre de 2021. Ello precedido de cierto clima de animadversión hacia el arbitraje de inversión cuando los Estados miembros pasaron a ser demandados en la década de los 10. Todo lo anterior seguramente llevó a que se suprimiera dicho mecanismo en los nuevos Acuerdos Económicos y Comerciales suscritos por la UE (*v.gr.* Canadá y Singapur), quizá no con todo el análisis que hubiera sido deseable.

1. La sentencia *Achmea*: la cláusula arbitral contenida en un TBI entre Estados miembros no es

compatible con el Derecho de la Unión

El punto de partida de la ofensiva de las instituciones de la UE contra el arbitraje de inversión es la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Achmea* (Asunto C-284/16), de 6 de marzo de 2018, en la que declaró la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la cláusula arbitral contenida en un TBI entre Estados miembros.

A) *Los antecedentes del caso Achmea*

El caso *Achmea* se enmarca en una disputa entre la sociedad holandesa Achmea BV y la República Eslovaca. La controversia tiene su origen en 2006, cuando Eslovaquia dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad, aprobada en 2004, y prohibió, concretamente, la distribución de los beneficios derivados de las actividades relativas a los seguros de enfermedad.

En desacuerdo con la decisión tomada por el Estado, Achmea BV inició en 2008 un procedimiento arbitral contra Eslovaquia ante la Corte Permanente de Arbitraje, fijándose el lugar del arbitraje en Fráncfort (Alemania). Para ello, se basó en la cláusula 8 del TBI celebrado en 1991 entre, por una parte, la antigua Checoslovaquia y, por otra parte, los Países Bajos (el «TBI Países Bajos-Eslovaquia»).

El tribunal arbitral resolvió el asunto mediante dos laudos emitidos en fechas 26 de octubre de 2010 y 7 de diciembre de 2012. En primer lugar, se declaró competente para conocer la controversia en cuestión. En segundo lugar, resolvió que Eslovaquia había incumplido sus obligaciones derivadas del TBI y, en consecuencia, condenó al Estado a pagar a Achmea BV una indemnización de daños y perjuicios por importe de aproximadamente 22,1 millones de euros.

Eslovaquia solicitó la anulación del laudo final ante el Tribunal Superior de Fráncfort, con base en la incompatibilidad del art. 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia con el Derecho de la Unión. Dicho órgano jurisdiccional desestimó la acción de anulación mediante una resolución que fue recurrida en casación por Eslovaquia ante el Tribunal Supremo de Alemania, que suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al TJUE.

En concreto, se planteó si la cláusula arbitral contenida en un TBI entre Estados miembros es compatible con el Derecho de la Unión. A este respecto, cabe destacar que, si bien el Tribunal Supremo de Alemania parecía no albergar dudas sobre dicha compatibilidad (2), estimó que, dado que el TJUE aún no se había pronunciado sobre dicha cuestión y esta revestía una considerable importancia, habida cuenta de los numerosos TBI en vigor entre los Estados miembros con cláusulas arbitrales similares, era necesario plantear la cuestión prejudicial.

La República Checa, Estonia, Grecia, España, Italia, Chipre, Letonia, Hungría, Polonia, Rumanía y la Comisión Europea presentaron observaciones en apoyo de las alegaciones de Eslovaquia, mientras que Alemania, Francia, los Países Bajos, Austria y Finlandia afirmaron que la cláusula controvertida y, de modo más general, las cláusulas similares utilizadas normalmente en los TBI entre los Estados miembros eran válidas.

B) La decisión del TJUE sobre el caso Achmea

Con carácter previo a entrar a analizar la cuestión remitida por el Tribunal Supremo de Alemania, el TJUE recuerda en su sentencia la importancia del principio de autonomía del Derecho de la Unión, para cuya preservación se ha creado un sistema jurisdiccional, en cuya cúspide se sitúa el TJUE, y del que el procedimiento de remisión prejudicial es «*la piedra angular*» (3).

Sobre la base de lo anterior, el TJUE se formula y responde de manera sucesiva tres cuestiones, que le llevan a concluir que las cláusulas arbitrales contenidas en TBI celebrados entre Estados miembros no son compatibles con el Derecho de la Unión.

En primer lugar, el TJUE se plantea si las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral contemplado en el art. 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia pueden tener relación con la interpretación o la aplicación del Derecho de la Unión (4).

A este respecto, el TJUE considera que, efectivamente, los tribunales arbitrales constituidos en virtud de un TBI celebrado entre Estados miembros, están llamados a interpretar y aplicar el Derecho de la Unión. Esto es así porque, por un lado, el Derecho de la Unión forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, por otro lado, deriva de un tratado internacional celebrado entre esos Estados (5).

En segundo lugar, el TJUE se plantea si el tribunal arbitral contemplado en el art. 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión y, en consecuencia, puede plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE (6).

A este respecto, el TJUE considera que los tribunales arbitrales en ningún caso podrán ser calificados de «*órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros*» en el sentido del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE («TFUE») (7), por lo que no están facultados para plantear una cuestión prejudicial al TJUE, debido al «*carácter excepcional de la jurisdicción*» de estos tribunales arbitrales (8).

En tercer y último lugar, el TJUE se plantea si el laudo emitido por un tribunal arbitral de este tipo está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al TJUE en el marco de un procedimiento prejudicial (9).

A este respecto, el TJUE considera que, si bien los laudos arbitrales pueden ser, en su caso, objeto de control en sede de anulación o de reconocimiento y ejecución ante los tribunales de los Estados miembros, dicho control está limitado a cuestiones muy tasadas, como son la validez del convenio arbitral o motivos de orden público. Ello le lleva a concluir que los tribunales arbitrales no están realmente sujetos al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al TJUE en el marco de una cuestión prejudicial (10).

Con base en las tres consideraciones anteriores, el TJUE concluye que, mediante la celebración de un

TBI, los Estados miembros parte de este han establecido un mecanismo de resolución de controversias entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos de modo que se garantice la plena eficacia del Derecho de la Unión (11).

La gran pregunta que la sentencia *Achmea* no respondió fue si sus conclusiones eran extrapolables también a aquellos arbitrajes de inversión derivados, no ya de TBI, sino de tratados multilaterales de inversión, como el Tratado de la Carta de la Energía

En estas circunstancias, el TJUE llega a la conclusión de que la cláusula arbitral incluida en el TBI vulnera la autonomía del Derecho de la Unión y, por tanto, no es compatible con éste (12), y en concreto con los arts. 267 (que regula la competencia de los tribunales de los Estados miembros para formular cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los Tratados de la UE y la competencia del TJUE para resolverlas) y 344 (13) (por medio del cual, los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados de la UE a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos) del TFUE.

C) Las implicaciones de la sentencia *Achmea*

Dejando a un lado las críticas que, a nuestro juicio, merece el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Achmea*, de él se desprende inequívocamente que los convenios arbitrales basados en TBI intra-UE son nulos bajo el Derecho de la Unión.

Tras la sentencia *Achmea*, todo tribunal de un Estado miembro que conozca de una acción de anulación de un laudo de un tribunal arbitral constituido con arreglo a un TBI intra-UE debería estimarla, pues la sentencia vincula a todos los tribunales de los Estados miembros, que no pueden apartarse de su doctrina.

La gran pregunta que la sentencia *Achmea* no respondió fue si sus conclusiones eran extrapolables también a aquellos arbitrajes de inversión derivados, no ya de TBI, sino de tratados multilaterales de inversión, como el Tratado de la Carta de la Energía («TCE»). La cuestión tiene relevancia, habida cuenta del elevado número de arbitrajes de inversión derivados del TCE al que se enfrentaban y enfrentan algunos Estados miembros, como Italia y, sobre todo, España.

Así, el riesgo de que el tribunal arbitral interprete y aplique el Derecho de la Unión, sin poder recurrir a la cuestión prejudicial, es idéntico tanto cuando el arbitraje deriva de un TBI como cuando deriva del TCE. Ello podría llevar a concluir que un arbitraje intra-UE basado en el TCE resulta tan contrario al principio de autonomía del Derecho de la Unión como uno basado en un TBI intra-UE.

Sin embargo, la sentencia *Achmea* reconoció expresamente que «un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible

con el Derecho de la Unión [...], siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico» (14) .

Además, el TJUE tomó en consideración a la hora de adoptar su decisión el hecho de que el TBI «no ha sido celebrado por la Unión» (15) , a diferencia del TCE que fue suscrito tanto por la UE, como por los Estados miembros y otros terceros Estados. Por lo tanto, parecía que la decisión del TJUE en *Achmea* permitía establecer una distinción entre los arbitrajes derivados del TCE y los que se derivaban de un TBI.

En cualquier caso, como veremos, la anterior cuestión terminó por resolverse —en sentido contrario al que acabamos de apuntar— mediante la sentencia *Komstroy*, a la que nos referiremos más adelante.

2. El acuerdo para la terminación de los TBI entre Estados miembros

La primera consecuencia de la sentencia *Achmea* fue de naturaleza política y consistió en la puesta en marcha por parte de los gobiernos de varios Estados miembros de una estrategia para poner fin definitivamente a los TBI intra-UE. Esta estrategia se llevó a cabo en dos pasos: (i) primero, la firma de una declaración previa de intenciones; y (ii) segundo, la suscripción de un acuerdo para poner fin a todos los TBI afectados por la sentencia *Achmea* e impedir que se firmasen otros en el futuro.

A) La Declaración de 15 de enero de 2019 sobre la sentencia *Achmea*

El 15 y 16 de enero de 2019, esto es, menos de un año después de la publicación de la sentencia *Achmea*, los Estados miembros (16) (entre los que se incluía todavía el Reino Unido) firmaron la Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 15 de enero de 2019, sobre las Consecuencias Legales de la Sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la Protección de las Inversiones en la UE (la «Declaración de 15 de enero de 2019»), por medio de la cual se comprometían a acometer «sin dilación» una lista de nueve puntos (17) :

- i) Informar sobre las consecuencias de la sentencia *Achmea* a los tribunales arbitrales constituidos en todos los arbitrajes de inversión intra-UE en curso, tanto aquellos iniciados en virtud de TBI entre Estados miembros, como en virtud del TCE.
- ii) Por parte del Estado miembro del que sea nacional un inversor que haya iniciado un arbitraje de inversión frente a otro Estado miembro, tomar todas las medidas necesarias para informar sobre las consecuencias de la sentencia *Achmea* al tribunal arbitral que conozca del asunto. Del mismo modo, el Estado miembro demandado solicitará, antes los tribunales nacionales competentes, la anulación o la no-ejecución de los laudos afectados por la decisión, con base en la inexistencia de un consentimiento válido a arbitrar la controversia.
- iii) Informar a la comunidad de inversores de que no se deben iniciar nuevos procedimientos de arbitraje de inversión intra-UE.
- iv) Por parte de los Estados miembros que controlan a empresas que hayan iniciado arbitrajes de inversión intra-UE, tomar las medidas necesarias para que dichas empresas desistan de los

arbitrajes de inversión pendientes.

- v) Poner fin a todos los TBI celebrados entre Estados miembros, ya sea mediante la suscripción de un acuerdo multilateral, o si se considerara más conveniente, mediante acuerdos bilaterales.
- vi) Garantizar una protección jurídica efectiva, bajo el control del TJUE, frente a las medidas estatales que sean objeto de un procedimiento arbitral en curso, de acuerdo con el art. 19(1), párrafo segundo, del Tratado de la UE («TUE») (18).
- vii) No impugnar los laudos o acuerdos que ya hayan sido cumplidos o ejecutados íntegramente con anterioridad a la sentencia *Achmea*.
- viii) Hacer todo lo posible para depositar los instrumentos de ratificación, aprobación o aceptación de los referidos tratados a través de los que se ponga fin a los TBI antes del 6 de diciembre de 2019, así como informar de cualquier obstáculo que encuentren los Estados miembros en ese proceso.
- ix) Discutir, conjuntamente con la Comisión, sin dilación, si es necesario llevar a cabo alguna actuación adicional para determinar las consecuencias de la sentencia *Achmea* respecto a la aplicación intra-UE del TCE.

Cabe destacar que, en lo que respecta a la gran pregunta pendiente tras la sentencia *Achmea* (i.e. la extensión o no de sus conclusiones a los arbitrajes derivados del TCE), la Declaración de 15 de enero de 2019 difiere el debate a otro momento —ver punto (ix) anterior-, si bien ya apunta a que —en opinión de los Estados firmantes— la aplicación de la cláusula arbitral contenida en el TCE a disputas intra-UE sería incompatible con el Derecho de la Unión (a pesar de que el TJUE no había manifestado —todavía— tal cosa):

«Además, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluido el Tratado sobre la Carta de la Energía, son parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE y, por tanto, deben ser compatibles con los Tratados. Los tribunales arbitrales han interpretado que el Tratado de la Carta de la Energía contiene también una cláusula de arbitraje inversor-Estado aplicable entre los Estados miembros. Interpretada de esta manera, dicha cláusula sería incompatible con los Tratados y, por lo tanto, tendría que dejar de aplicarse».

Como veremos, esta posición de los Estados miembros (con la excepción de Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia, Suecia y, especialmente, Hungría) fue posteriormente acogida por el TJUE en la sentencia *Komstroy*.

B) El Acuerdo de 5 de mayo de 2020 para la terminación de los TBI entre Estados miembros

Para dar cumplimiento al punto (v) de la Declaración de 15 de enero de 2019 (i.e. poner fin a todos los TBI celebrados entre Estados miembros mediante la suscripción de un acuerdo multilateral), 23 Estados miembros (19) suscribieron el 5 de mayo de 2020 el llamado Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados Miembros de la UE (el «Acuerdo de 5 de mayo de 2020») (20), que se publicó en el Diario Oficial de la UE el 29 de mayo de 2020.

En concreto, los Estados firmantes acordaron la terminación de los 190 TBI celebrados entre las partes, y extinguieron asimismo las llamadas cláusulas de remanencia que extendían la protección de las inversiones realizadas antes de la fecha de terminación de dichos TBI por un período de tiempo adicional (21).

El Acuerdo de 5 de mayo de 2020 afecta de forma diferente a: (i) los arbitrajes nuevos (iniciados el 6 de marzo de 2018 o con posterioridad), que no se podrán iniciar con base en las cláusulas de arbitraje de los TBI que la sentencia *Achmea* declaró contrarias al Derecho de la Unión (22); (ii) los arbitrajes concluidos (finalizados mediante acuerdo de conciliación o laudo definitivo emitido antes del 6 de marzo de 2018, siempre que el laudo se haya ejecutado antes de dicha fecha o se haya anulado antes del 29 de agosto de 2020, fecha de entrada en vigor del Acuerdo de 5 de mayo de 2020), que no podrán ser reabiertos (23); y (iii) los arbitrajes pendientes (iniciados antes del 6 de marzo de 2018 y no concluidos) (24).

En lo que respecta a los arbitrajes pendientes, el Acuerdo de 5 de mayo de 2020 establece una serie de reglas, entre ellas las relativas a que: (i) el tribunal arbitral deberá ser informado por las partes sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea*; y (ii) solicitará a todo tribunal competente de un Estado miembro (o incluso de un tercer Estado, si fuera el caso) que anule o deniegue el recogimiento y ejecución del laudo en cuestión (25).

También en relación con los arbitrajes pendientes, el Acuerdo de 5 de mayo de 2020 incluye una vía de solución de las demandas por medio de un diálogo estructurado, supervisado por un conciliador imparcial (un experto en Derecho de la Unión, que será nombrado por un antiguo juez del TJUE, si las partes no llegasen a un acuerdo sobre su nombramiento en el plazo de un mes). Este procedimiento de solución debe ser iniciado dentro de los seis meses siguientes a la terminación del TBI y únicamente podrá utilizarse si el TJUE o un tribunal nacional ha concluido que la medida estatal impugnada en el procedimiento original infringió el Derecho de la Unión (26).

Finalmente, queda a salvo el derecho del inversor de acudir a los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional contra toda medida impugnada en un procedimiento de arbitraje pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado, siempre que (27):

- i) el inversor (a) renuncie al procedimiento de arbitraje pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del TBI o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado pero aún no ejecutado definitivamente, y (b) se comprometa a abstenerse de iniciar un nuevo procedimiento de arbitraje en el plazo de 6 meses desde la terminación del TBI o, si se ha hecho uso del diálogo estructurado, desde que aquel fue rechazado o desde que se comunicó la decisión de no aceptación de la propuesta final de conciliación;
- ii) el acceso al órgano jurisdiccional nacional sirva para presentar una demanda basada en el Derecho nacional o de la Unión; y
- iii) no se haya alcanzado, en su caso, un acuerdo a raíz del diálogo estructurado.

Por último, es importante mencionar que el Acuerdo de 5 de mayo de 2020 se refiere a los TBI intra-UE; pero no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el TCE, dado que «*la Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad*» (28), tal y como establecía el punto (ix) de la Declaración de 15 de enero de 2019. Como veremos a continuación, el asunto no fue resuelto hasta más de dos años después, con la sentencia del TJUE de fecha 2 de septiembre de 2021 en el asunto *Komstroy*.

3. La sentencia *Komstroy*: la extensión de la doctrina *Achmea* a los arbitrajes de inversión intra-UE derivados del TCE

En efecto, por medio de su sentencia en el caso *Komstroy* (Asunto C-741/19), de 2 de septiembre de 2021, el TJUE extendió la lógica sentada en el caso *Achmea* a los arbitrajes dentro de la UE derivados del TCE.

A) Los antecedentes del caso *Komstroy*

El caso *Komstroy* tiene su origen en una serie de contratos celebrados en 1999, a través de los que Energoalians, distribuidor ucraniano, suministraba indirectamente electricidad a Moldtranelectro, empresa pública moldava, para su distribución en la República de Moldavia. Tras una serie de impagos, la distribuidora ucraniana decidió iniciar un procedimiento arbitral contra Moldavia, alegando que el Estado había incumplido obligaciones derivadas del TCE. Para ello, recurrió a uno de los métodos de resolución de disputas que incluye el TCE: la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*, bajo el art. 26.4º del TCE (29). Se designó París como sede del arbitraje.

El tribunal arbitral se declaró competente para conocer la disputa y, en un laudo dictado en 2013, condenó a Moldavia a indemnizar a Komstroy LCC (subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians) por haber incumplido sus obligaciones bajo el TCE. Moldavia presentó una acción de anulación ante la Corte de Apelación de París, alegando una infracción del orden público relativa a la competencia del tribunal arbitral. La Corte de Apelación, en un primer momento, aceptó la tesis del Estado y anuló el laudo, pero el Tribunal de Casación francés revocó la sentencia, devolviendo las actuaciones a la Corte de Apelación.

Es en este punto cuando la Corte de Apelación de París consideró que, de cara a decidir sobre la competencia del tribunal arbitral que dictó el laudo, era necesario determinar si la controversia se refería a una inversión en el sentido del TCE, y si ésta se había producido en el territorio de Moldavia. Así, la Corte de Apelación suspendió el procedimiento y planteó tres cuestiones prejudiciales al TJUE, todas ellas relativas al concepto de inversión bajo el TCE.

B) La competencia del TJUE

Es importante señalar que, tanto el Consejo de la UE, como varios Estados miembros (Suecia, Dinamarca y Hungría) se opusieron a la competencia del TJUE para responder a las cuestiones planteadas, dado que las partes de la controversia principal no pertenecían a la UE y que el Derecho de la Unión no era aplicable al fondo de la disputa.

Sin embargo, el TJUE afirmó su competencia sobre la base de que el TCE, en tanto que acuerdo

celebrado por el Consejo de la UE, forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. En consecuencia, el TJUE sería competente para interpretar las disposiciones del TCE y, en concreto, el concepto de «inversión» bajo el mismo (30).

A juicio del TJUE, el hecho de que ambas partes no fueran residentes en un Estado miembro de la UE no afectaría a lo anterior, pues eligieron París como sede del arbitraje, y por lo tanto el Derecho francés (del que forma parte el Derecho de la Unión) actúa como *lex fori* en el procedimiento arbitral. La conclusión es que «*la fijación de la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, en este caso Francia, supone que, a efectos del procedimiento iniciado en el territorio de ese Estado miembro, resulta aplicable el Derecho de la Unión, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto*» (31). Esta lógica llevó al TJUE a asumir que, en tanto que se estaba aplicando el derecho de la Unión (según este novedoso criterio), era procedente la intervención del TJUE.

C) La decisión del TJUE con motivo del caso *Komstroy*

Una vez declarada su competencia, y como paso previo a responder a las cuestiones planteadas por la Corte de Apelación, el TJUE dedica la parte más importante de su sentencia a dictaminar si las controversias entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro pueden resolverse mediante arbitraje bajo el TCE (32).

La conclusión a la que llega ahora el TJUE en el caso del TCE es esencialmente la misma que en el caso de los TBI intra-UE. Considera que el TCE es un acto del Derecho de la Unión y que, por tanto, un tribunal arbitral constituido bajo el mismo tendrá que interpretar y aplicar el Derecho de la Unión. Sin embargo, según el TJUE, ésta es una función únicamente reservada al sistema jurisdiccional de la UE, del que no forman parte los tribunales arbitrales.

El TJUE señala que la aplicación del Derecho de la Unión por parte de un tribunal arbitral —fuera del sistema jurisdiccional de la UE— no cumple con las garantías propias que requiere el Derecho de la Unión (33):

«[E]l ejercicio de la competencia de la Unión en materia internacional no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho.

En efecto, tal posibilidad, como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto [...] Achmea [...], podría poner en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados».

Con base en lo anterior, el TJUE concluye que el arbitraje previsto en el TCE «*no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro*» (34).

Respecto al concepto de «inversión», que era el verdadero objeto de las cuestiones prejudiciales

planteadas, el TJUE considera que «no puede considerarse que un crédito derivado de un mero contrato de compraventa de electricidad se haya conferido, como tal, para emprender una actividad económica en el sector de la energía» (35) y, por tanto, concluye que el negocio que dio origen a la disputa enjuiciada no puede ser considerado una inversión bajo el TCE (36).

D) Las implicaciones de la sentencia *Komstroy*

Como hemos visto, por medio de la sentencia *Komstroy*, el TJUE resolvió la gran cuestión que había quedado pendiente en su sentencia sobre el caso *Achmea*, dictada tres años y medio antes. Sin embargo, tal y como se analizará en la sección III, las consecuencias de esta decisión son, cuanto menos, inciertas.

Por un lado, habrá que esperar a ver si los tribunales arbitrales que en la actualidad están conociendo de arbitrajes intra-UE bajo el TCE se declaran vinculados por la decisión del TJUE y, por lo tanto, rechazan su competencia para conocer de las disputas. Si nos guiamos por el precedente del caso *Achmea*, lo cierto es que ningún tribunal arbitral se consideró vinculado por la decisión del TJUE en aquella ocasión y siguieron adelante con los arbitrajes. Sobre esta cuestión volveremos, como hemos dicho, en la sección III.

Por otro lado, de lo que no cabe duda es de que la sentencia *Komstroy* podría obstaculizar el reconocimiento y ejecución ante los tribunales de la UE de los laudos dictados en el marco de esos arbitrajes. Por lo tanto, es previsible que los inversores que obtengan un laudo favorable prefieran acudir a otras jurisdicciones extracomunitarias para la ejecución.

En todo caso, es previsible que los inversores traten a partir de ahora de fijar la sede de los arbitrajes frente a Estados miembros fuera de la UE, para minimizar el riesgo de que el laudo sea anulado con base en los precedentes del TJUE.

4. La sentencia *PL Holdings*: un convenio arbitral *ad hoc* de contenido idéntico a una cláusula arbitral que se recoge en un TBI entre Estados miembros tampoco resulta compatible con el Derecho de la Unión

El último hito, hasta la fecha, de la saga de la UE contra el arbitraje de inversión es la sentencia dictada por el TJUE en el caso *PL Holdings* (Asunto C-109/20), de fecha 26 de octubre de 2021, por medio de la cual declaró que el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral *ad hoc* de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un TBI entre Estados miembros.

A) Los antecedentes del caso *PL Holdings*

El caso *PL Holdings* se enmarca en una disputa entre la sociedad luxemburguesa PL Holdings y la República de Polonia. La controversia tiene origen en 2013, cuando la Comisión de Supervisión Financiera de Polonia suspendió los derechos de voto de PL Holdings sobre las acciones que poseía en un banco polaco, y ordenó la venta forzosa de esas acciones.

En desacuerdo con la decisión tomada por el organismo polaco, PL Holdings inició un procedimiento arbitral contra Polonia ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. Para ello, se basó la cláusula 9 del

TBI celebrado en 1987 entre, por una parte, Bélgica y Luxemburgo y, por otra parte, Polonia (el «TBI Luxemburgo-Polonia»).

El tribunal arbitral resolvió el asunto mediante dos laudos emitidos en fechas 28 de junio y 28 de septiembre de 2017. En primer lugar, se declaró competente para conocer la controversia en cuestión. En segundo lugar, resolvió que Polonia había incumplido sus obligaciones derivadas del TBI y, en consecuencia, condenó al Estado a pagar a PL Holdings una indemnización de daños y perjuicios.

Polonia solicitó la anulación de los laudos ante el Tribunal de Apelación de Estocolmo, con base en que el procedimiento arbitral derivaba de una cláusula arbitral nula. Y ello porque, conforme a la doctrina sentada en el caso *Achmea*, los convenios arbitrales contenidos en un TBI suscrito entre Estados miembros son contrarios al Derecho de la Unión.

A este respecto, el Tribunal de Apelación resolvió que, si bien la sentencia *Achmea* efectivamente conllevaba la nulidad del convenio arbitral contenido en el art. 9 del TBI Luxemburgo-Polonia, ello no afectaba a la validez de los laudos emitidos en el caso *PL Holdings*. El Tribunal de Apelación entendía que el arbitraje no se había fundamentado en dicho artículo, sino en un convenio arbitral *ad hoc*. Así, conforme a Derecho sueco, ambas partes habían celebrado un convenio arbitral diferente, pero de contenido idéntico al del art. 9 del TBI Luxemburgo-Polonia, que se derivaba de la propuesta de arbitraje formulada por el inversor y la aceptación tácita de la misma por el Estado, al no haber impugnado la competencia del tribunal arbitral en el plazo establecido en la ley sueca. Por tanto, los laudos no fueron anulados.

Polonia interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Suecia, que suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al TJUE. En concreto, se plantea si el Derecho de la Unión permite o no a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc*, de contenido idéntico al de una cláusula arbitral que se recoge en un TBI celebrado entre esos dos Estados miembros, y que es nula conforme a la doctrina *Achmea*.

B) La decisión del TJUE sobre el caso PL Holding

El TJUE comienza su fundamentación recordando que la cláusula 9 del TBI es nula «por vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, su plena eficacia y su aplicación uniforme» y que por tanto no puede iniciarse un arbitraje conforme a esa cláusula (37). Esta cláusula, según el TJUE, puede llevar a un tribunal arbitral a pronunciarse en litigios referidos a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión, lo que pondría en peligro la preservación del carácter propio y autonomía del Derecho de la Unión, así como el principio de confianza mutua entre Estados miembros (38).

La cuestión en este caso es si la referida doctrina del TJUE contraria a los arbitrajes de inversión derivados de un TBI (conforme a *Achmea*) y del TCE (conforme a *Komstroy*), se puede extender también a aquellos que derivan de un convenio arbitral *ad hoc*.

A juicio del TJUE, el Derecho de la unión prohíbe que un estado

miembro celebre un convenio arbitral de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un TBI entre Estados miembros.

Pues bien, el TJUE considera que permitir que un Estado miembro someta un litigio que puede referirse a la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión a un tribunal arbitral con las mismas características que el previsto por una cláusula arbitral nula por ser contraria al Derecho de la Unión, mediante la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* del mismo contenido que dicha cláusula, supondría en realidad eludir las consecuencias de la doctrina *Achmea*. La razón de ser de este convenio sería precisamente sustituir a tal cláusula para mantener los efectos de esta pese a su nulidad (39).

Por tanto, a juicio del TJUE, el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un TBI entre Estados miembros (40). Con base en lo anterior, el TJUE concluye:

- i) respecto a los Estados miembros, que no solo no pueden comprometerse a sustraer del sistema jurisdiccional de la UE los litigios que puedan referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, sino también que, cuando un litigio de ese tipo se plantea ante un tribunal arbitral en virtud de un compromiso contrario a dicho Derecho, están obligados a impugnar — ante ese tribunal arbitral o ante el órgano jurisdiccional competente— la validez del convenio arbitral *ad hoc* (41); y
- ii) respecto a los jueces nacionales, que están obligados a anular un laudo arbitral dictado sobre la base de una cláusula arbitral o un convenio arbitral *ad hoc* que infrinja la referida doctrina (42).

C) Las implicaciones de la sentencia *PL Holdings*

Este pronunciamiento del TJUE supone una nueva limitación a la capacidad de los Estados miembros y los inversores de la UE de someter sus disputas a arbitraje. Como se ha explicado, la principal consecuencia es que se extiende la doctrina sentada en los casos *Achmea* y *Komstroy* a los arbitrajes que deriven de un convenio de contenido idéntico a una cláusula arbitral que se recoge en un TBI entre Estados miembros.

Además, el TJUE —en contra de lo solicitado por *PL Holdings*— ha optado por no limitar los efectos temporales de esta decisión, de forma que la misma se aplica retroactivamente, incluso a aquellos procedimientos de arbitraje que se hayan incoado de buena fe, sobre la base de convenios arbitrales *ad hoc* celebrados antes de la sentencia *Achmea* (43). A este respecto, nótese que, en el caso *PL Holdings*, los laudos impugnados eran previos a dicha sentencia.

No obstante, esta nueva sentencia del TJUE no niega la validez de cualquier convenio arbitral *ad hoc* suscrito por un Estado miembro para diferentes tipos de contratos, sino únicamente la de aquellos celebrados en circunstancias como las que son objeto del caso *PL Holdings* (44):

«Además, en cuanto a los trastornos graves alegados, debe señalarse que, por lo que respecta, por una parte, a la supuesta repercusión que la presente sentencia podría tener en los convenios arbitrales celebrados por los Estados miembros para diferentes tipos de contratos, la interpretación del Derecho de la Unión hecha en esta sentencia solo se refiere a los convenios arbitrales *ad hoc*, celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, que se resumen, en particular, en el apartado 65 de la presente sentencia» (subrayado añadido).

Por último, el TJUE considera que la eventual indefensión que se pueda causar a los inversores por el hecho de impedirles acudir a arbitraje, deberá corregirse dentro de los sistemas judiciales nacionales, en su caso con la cooperación del TJUE, en el marco de sus competencias (45).

Esto último es susceptible de plantear dudas razonables a los inversores, habida cuenta que, por ejemplo, en el caso de *PL Holdings*, el tribunal arbitral consideró acreditado que, previamente al inicio del arbitraje, se había denegado el acceso a la justicia del inversor a través de los tribunales polacos. Máxime cuando se puede dar una situación como la que se está produciendo en Polonia, en la que sus tribunales han considerado que no están sujetos al principio de primacía del Derecho de la Unión, conforme a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de dicho país de 7 de octubre de 2021.

III. LA REACCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES A LA POSICIÓN DE LA UE FRENTE AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Desde que el TJUE se pronunciara en el caso *Achmea* (y aún antes, como hemos visto al analizar el caso *PL Holdings*), la jurisdicción de los tribunales arbitrales ha sido objetada por los Estados miembros demandados (y también por la Comisión Europea, personada como *amicus curiae*) en todos los arbitrajes de inversión iniciados por inversores procedentes de otros Estados miembros al amparo del TCE.

Sin embargo, la llamada «*intra-EU jurisdictional objection*» ha sido invariablemente rechazada, salvo error, por todos y cada uno de los tribunales arbitrales internacionales que han conocido de la misma. Los motivos que han llevado a dichos tribunales a sostener su jurisdicción a pesar de la sentencia *Achmea* son numerosos y variados, por lo que hemos considerado útil agruparlos en tres grandes bloques:

- i) La primera, y quizás más extendida, línea argumental utilizada por los tribunales arbitrales para sostener su jurisdicción se fundamenta en que: (a) no existe incompatibilidad entre el Derecho Internacional de las Inversiones (y en concreto, el TCE) y el Derecho de la Unión, por lo que la cláusula arbitral contenida en el art. 26 del TCE resulta plenamente válida; y (b) en cualquier caso, de existir alguna contradicción irreconciliable entre ambos cuerpos normativos (*quod non*), el primero sería de aplicación prioritaria, es decir, primaria, sobre el segundo, por aplicación de las normas de Derecho Internacional Público.
- ii) En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, los tribunales arbitrales han argumentado que su jurisdicción no viene determinada ni está regulada por el Derecho de la Unión y, por tanto, no

se encuentran vinculados por los pronunciamientos del TJUE a este respecto.

- iii) Por último, los tribunales arbitrales se han referido a la imposibilidad de extender el razonamiento y los efectos del caso *Achmea* (relativo a un TBI) a arbitrajes de inversión constituidos bajo otros instrumentos, como el TCE. Este argumento, que siempre se ha presentado conjuntamente con otros motivos de los bloques (i) y (ii) anteriores, habría quedado superado, al menos parcialmente, por la sentencia *Komstroy*, que —como hemos visto— extiende la doctrina *Achmea* a los arbitrajes intra-UE bajo el TCE.

Es importante señalar que, habitualmente, los tribunales arbitrales han sostenido su jurisdicción con base en varios de los motivos apuntados, no en uno solo de ellos, y que lo han hecho en decisiones ampliamente motivadas y prolijas en su razonamiento jurídico, que contrasta —dicho sea de paso— con la parquedad argumentativa de las decisiones *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*.

En todo caso, se debe tener en cuenta que la anterior categorización de los argumentos utilizados por los tribunales arbitrales, y la explicación que de los mismos se hará a continuación, si bien trata de ser lo más completa posible, no es exhaustiva (46), dado que ello excedería del alcance de este artículo. No obstante, consideramos que la mayoría de los argumentos encuentran reflejo en alguno de los tres bloques mencionados.

1. El TCE y el Derecho de la Unión son compatibles y, aunque no lo fueran, el primer cuerpo normativo sería de aplicación prioritaria respecto al segundo, conforme a las normas de Derecho Internacional Público

Como hemos adelantado, la primea línea argumentativa utilizada por los tribunales arbitrales para sostener su jurisdicción se fundamenta en que: (i) no existe incompatibilidad entre el TCE y el Derecho de la Unión, por lo que la cláusula arbitral contenida en el art. 26 del TCE resulta plenamente válida; y (b) en cualquier caso, de existir alguna contradicción irreconciliable entre ambos cuerpos normativos (*quod non*), el primero sería de aplicación prioritaria para los tribunales arbitrales.

A) No existe incompatibilidad entre el TCE y el Derecho de la Unión

En cuanto a la primera línea de argumentación, encontramos representativo el caso *RREEF c. España* (47). El tribunal arbitral argumentó que, cuando dos tratados pueden ser aplicables (en referencia al art. 26 del TCE y al art. 344 del TFUE), se deben interpretar, en la medida de lo posible, de modo que no se produzca contradicción entre ellos.

Así, aplicando dicho principio, el tribunal arbitral apreció que, de la literalidad de ambos preceptos, se desprende que se refieren a diferentes tipos de disputas, por lo que no existe conflicto entre ambos. Mientras el art. 26 del TCE se refiere a las disputas relativas a las obligaciones asumidas bajo dicho tratado entre un inversor y un Estado parte, el art. 344 del TFUE se refiere a las disputas relativas a la interpretación de los Tratados fundacionales de la UE (48):

«A simple reading of these provisions shows that they concern the settlement of two different kinds of disputes. Article 26 ECT is concerned only with the "Settlement of Disputes between an

Investor and a Contracting Party". For its part, Article 344 TFUE deals with the submission of disputes concerning the interpretation of the EU founding treaties. In the view of this Tribunal, this difference of subject-matter of the two provisions is dispositive: there is no conflict between them».

En apoyo de lo anterior, el tribunal arbitral en *RREEF c. España* consideró que, tal y como se observó en el caso *Electrabel c. Hungría* (49), la UE no habría promovido y suscrito el TCE si ello le hubiera supuesto asumir obligaciones contrarias al Derecho de la Unión. Máxime si atendemos al art. 207(3) del propio TFUE, que establece que «[c]orresponderá al Consejo y a la Comisión velar por que los acuerdos negociados sean compatibles con las políticas y normas internas de la Unión».

De la misma forma, el tribunal arbitral apreció que, de haber considerado que existía o podía existir una contradicción entre el art. 26 del TFUE y el Derecho de la Unión, la UE debería haber negociado la inclusión de una «cláusula de desconexión» que evitase la aplicación de dicha norma a las disputas intra-UE. Sin embargo, es bien sabido que la UE y los Estados miembros no hicieron tal cosa, por lo que no pueden ahora pretender liberarse unilateralmente de sus obligaciones bajo el TCE, que fueron libremente asumidas por ellos, por aplicación del principio *pacta sunt servanda* (50). En el mismo sentido se pronunció el tribunal arbitral en el caso *Antin c. España* (51), para el que una eventual exclusión de las disputas intra-UE en el art. 26 del TCE tendría que haberse realizado en términos expresos y claros.

Otros tribunales arbitrales han llegado a la misma conclusión en relación con la plena compatibilidad del Derecho de la Unión con la protección de inversiones e inversores intra-UE bajo el TCE. Por ejemplo, en *STEAG c. España* (52), el tribunal concluyó que «[e]l TCE y los tratados de la UE establecen regímenes plenamente coherentes entre sí». De igual forma, el tribunal arbitral de *gREN c. España* (53) se expresó en términos similares: «no existió ni existe conflicto sustancial alguno entre el TCE y el derecho de la UE (incluyendo los tratados de la UE, en particular el Tratado de la Unión Europea ("TUE") y el TFUE)». También, en el caso *Watkins c. España* (54), el tribunal arbitral consideró que «since treaties evolve in parallel, the presumption is the absence of conflict between them» y «[t]he two legal orders (the EU legal order and the ECT normative space) evolve in parallel and the Tribunal finds its jurisdiction in a treaty validly established in the international legal order».

Más allá de señalar el distinto ámbito de aplicación de los arts. 26 del TCE y 344 del TFUE —en términos muy similares a los de *RREEF c. España*—, el tribunal en *STEAG c. España* concluye, además, que el ejercicio de su jurisdicción no colisiona con las competencias del TJUE y de otros órganos europeos pues, para determinar si el Estado ha incumplido sus obligaciones bajo el TCE, se debe acudir al propio TCE, no siendo necesario determinar la validez de ningún acto de la UE (55):

«El Tribunal resalta que la presente controversia se refiere específicamente a las obligaciones de España bajo los arts. 10(1) y 13 del TCE. Para establecer si la Demandada ha incumplido esas obligaciones, no es necesario determinar la validez de ningún acto de la UE. Tampoco es necesario establecer si las medidas de España son conformes al derecho comunitario. Este Tribunal examinará esas medidas bajo el prisma del TCE y no del derecho de la UE. Por eso mismo, el ejercicio de jurisdicción en este caso no colisiona con las competencias del TJUE y de otros órganos

européos. La declaración de las medidas como conformes con el TCE, o como violatorias de éste, no conlleva determinación alguna de su conformidad con el derecho de la UE ni priva a los órganos competentes de tomar una decisión al respecto en el futuro» (subrayado añadido).

En definitiva, conforme a los precedentes señalados, entre otros (56), no existiría incompatibilidad entre el TCE y el Derecho de la Unión (en contra de lo señalado por la sentencia *Komstroy*) y, por lo tanto, la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del art. 26 del TCE no resultaría contraria al Derecho de la Unión.

B) En caso de incompatibilidad, las disposiciones del TCE primarían sobre el Derecho de la Unión

Ahora bien, incluso en el caso de aceptarse que existe contradicción entre el TCE y el Derecho de la Unión, los tribunales arbitrales deberán —como es lógico— aplicar prioritariamente las disposiciones del TCE, pues es de dicho cuerpo normativo del que deriva su jurisdicción. Así, en *Landesbank Baden c. España* (57):

«For these reasons, the Tribunal concludes that, if EU law is incompatible with the Tribunal's interpretation of Article 26 ECT, then this Tribunal must accord priority to the ECT, the legal instrument which is the basis for the Tribunal's jurisdiction».

Esto es así porque, tal y como concluyeron los tribunales arbitrales, por ejemplo, en los casos *Vattenfall c. Alemania* (58), *RREEF c. España* (59), *STEAG c. España* (60) y *Cube c. España* (61), no puede pretenderse que el Derecho de la Unión tenga primacía sobre otras fuentes del Derecho Internacional fuera del ámbito de la UE:

«Dentro del sistema del Derecho internacional, el derecho de la UE no tiene supremacía, y no tiene prioridad jerárquica respecto de los derechos de Estados no Miembros, o sobre reglas de derecho internacional, incluido el TCE. Cualquier pretensión de prioridad desafiaría el fundamento del TCE como un tratado multilateral, afirmando unilateralmente un derecho para la UE y sus Estados Miembros a ser tratados de manera diferente frente a todas las demás Partes Contratantes del TCE».

De esta forma, el tribunal arbitral debe asegurar la plena aplicación del tratado internacional en que se basa su jurisdicción, pues el Derecho de la Unión no está ni puede estar por encima del Derecho Internacional Público (62):

«The Tribunal observes, however, that should it ever be determined that there existed an inconsistency between the ECT and EU law — quod non in the present case — and absent any possibility to reconcile both rules through interpretation, the unqualified obligation in public international law of any arbitration tribunal constituted under the ECT would be to apply the former. This would be the case even were this to be the source of possible detriment to EU law. EU law does not and cannot «trump» public international law».

En este sentido, el propio TCE prevé, en su art. 16 (63), la norma de conflicto aplicable en caso de contradicción entre sus disposiciones y cualquier otro tratado internacional (en este caso, el Derecho

de la Unión). Conforme a dicha norma, deberán aplicarse en cada caso las disposiciones que resulten más favorables para la inversión o el inversor.

La jerarquía entre las normas aplicables a una disputa entre un inversor y un Estado debe ser resuelta conforme a las normas de conflicto del Derecho Internacional Público, y no conforme al Derecho de la Unión, cuya primacía está restringida al ámbito de la UE.

Pues bien, si se aceptase la hipótesis de un conflicto entre el TCE y el Derecho de la Unión, en el caso de los arbitrajes de inversión intra-UE, resulta palmario que las disposiciones del TCE resultan más favorables a los inversores en la medida en que el art. 26 del TCE les otorga el derecho a someter sus reclamaciones a arbitraje, mientras que el art. 344 del TFUE no lo hace. De manera clara lo expresaron los tribunales en *STEAG c. España* (64), *SolEs c. España* (65) y *Stadtwerke c. España* (66) :

«Incluso si el argumento de la Demandada sobre este asunto fuera aceptado y dichas disposiciones se consideraren inconsistentes entre sí, el Art. 16 del TCE exigiría resolver el conflicto a favor del TCE. Ello es así porque el Art. 26 del TCE otorga a un inversor de una Parte Contratante el derecho de someter su disputa a adjudicación ante un tribunal arbitral, mientras que el Art. 344 del TFUE no lo hace. El Art. 26 es entonces 'más favorable para los inversores' bajo los términos del Art. 16 del TCE».

En definitiva, la jerarquía entre las normas aplicables a una disputa entre un inversor y un Estado debe ser resuelta conforme a las normas de conflicto del Derecho Internacional Público (en este caso, el art. 16 del TCE), y no conforme al Derecho de la Unión, cuya primacía está restringida al ámbito de la UE.

Por tanto, la sentencia *Achmea* (y por extensión, las sentencias *Komstroy* y *PL Holdings*) no vincula a los tribunales arbitrales y debe tomarse por estos como lo que es: *«a decision on the constitutional order of the EU in support of the policy of European integration, rather than an orthodox application of the rules of treaty interpretation»* (67).

2. El Derecho de la Unión no determina la jurisdicción de los tribunales arbitrales y, por tanto, el pronunciamiento de *Achmea* no les vincula

Una segunda línea argumentativa utilizada por los tribunales arbitrales constituidos al amparo del TCE para sostener su jurisdicción, frente a la sentencia *Achmea*, pasa por explicar y distinguir el derecho aplicable al fondo de la controversia (que, en su caso, puede ser el Derecho de la Unión, si el Estado receptor de la inversión pertenece a la UE) del derecho aplicable a la jurisdicción (que en este caso son los arts. 26(1) y 26(5) del TCE). Por ejemplo, en el ya citado caso *STEAG v. España* (68) se argumentó que:

«La jurisdicción de este Tribunal se fundamenta en los términos mismos del TCE y, particularmente, de sus arts. 26(1) a 26(5). La fuente de la jurisdicción de este Tribunal es el TCE y no el derecho de la UE. (...)

El derecho de la UE no es entonces determinante para la jurisdicción de este Tribunal».

Por ello, el tribunal arbitral se debe al mandato del TCE, y no al contenido de los Tratados fundacionales de la UE o las sentencias del TJUE que interpretan los mismos. Esta lógica fue aplicada en *RREEF c. España* (69) :

«[T]his Tribunal has been established by a specific treaty, the ECT, which binds both the EU and its Member States on the one hand and non-EU States on the other hand. [...] The ECT is the «constitution» of the Tribunal [...]. This is what the Parties to the ECT agreed amongst themselves; it is not within the jurisdiction of the Tribunal to alter this.

Therefore, in case of any contradiction between the ECT and EU law, the Tribunal would have to insure the full application of its "constitutional" instrument, upon which its jurisdiction is founded» (subrayado añadido).

En la misma línea, el tribunal arbitral del caso *InfraRed c. España* (70) alegó que las decisiones o resoluciones de las instituciones de la UE no pueden ser consideradas vinculantes para todos los Estados signatarios del TCE. Así, la decisión de *Achmea* «*ha[s] been enacted solely within the legal sphere of the European Union and, as such, have not met with the agreement of all ECT Contracting Parties (including non-EU member states Contracting Parties)*» (la negrita es original).

La consecuencia es que el tribunal arbitral no se ve vinculado ni obligado por el pronunciamiento del TJUE. Tal y como también apreció el tribunal arbitral en *Stadtwerke c. España* (71) :

«EU law, and in particular Articles 267 and 344 of the TFEU as interpreted in Achmea, does not, therefore, govern this Tribunal's jurisdiction by virtue of Article 26(6) of the ECT» (subrayado añadido).

En definitiva, la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del TCE no nace del Derecho de la Unión, ni se rige por este, luego los tribunales arbitrales no deben atenerse al pronunciamiento del TJUE a la hora de determinar su jurisdicción, sin perjuicio del debido respecto a dicho órgano jurisdiccional (72) :

«As such the ruling of the CJEU is entitled to the greatest respect from an international arbitral tribunal. But such a tribunal is not in any sense bound by the ruling».

3. No es posible extender las conclusiones de *Achmea* a otros arbitrajes iniciados bajo instrumentos distintos a un TBI entre Estados miembros

En cuanto a la tercera línea argumentativa, los tribunales arbitrales se han referido a la imposibilidad de extender el razonamiento y los efectos del caso *Achmea* (relativo a un TBI) a arbitrajes de

inversión constituidos bajo otros instrumentos, como el TCE, y ello con base en tres motivos expuestos, entre otros, en el caso *STEAG c. España* (73) :

- i) La decisión del TJUE en *Achmea* se refiere a un TBI específico, bilateral y celebrado entre dos Estados miembros de la UE (el TBI Países Bajos-Eslovaquia). El TJUE no se refirió al supuesto de un tratado multilateral de carácter «mixto» celebrado por la propia UE, sus Estados miembros y terceros Estados, como es el TCE.
- ii) El art. 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia no prevé la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral bajo el Convenio CIADI. En *Achmea*, el proceso no estuvo cobijado por el Convenio CIADI, sino que se trató de un proceso arbitral bajo el reglamento de la CNUDMI y con sede en Fráncfort (Alemania). Los procedimientos arbitrales cubiertos por el Convenio CIADI no tienen sede dentro del territorio de ningún Estado miembro de la UE.
- iii) La sentencia *Achmea* no indica criterios o requisitos claros que permitan determinar si la cláusula de solución de controversias de un tratado multilateral, adoptado por los Estados miembros de la UE, la propia UE y terceros Estados, como el TCE, es compatible o no con el Derecho de la Unión.

Otros tribunales arbitrales que han utilizado esta línea argumental son *Eurus c. España* (74), *gREN c. España* (75), *InfraRed c. España* (76), *Masdar c. España* (77), *Vattenfall c. Alemania* (78), *Greentech c. España* (79) y *Watkins c. España* (80). En síntesis, todos ellos consideran que la doctrina *Achmea* no es extensible a los arbitrajes constituidos bajo el TCE, porque el TBI del asunto *Achmea* y el TCE no son equiparables.

Como se puede apreciar, esta línea argumental, que siempre se ha presentado conjuntamente con otros argumentos de las secciones A y B anteriores, habría quedado superada, al menos parcialmente, por la sentencia *Komstroy*, que —como hemos visto— extiende la doctrina *Achmea* a los arbitrajes intra-UE bajo el TCE.

Ahora bien, lo anterior debe ser matizado en aquellos casos en los que el inversor ha optado por someter la controversia al CIADI. Como han apuntado diversos tribunales arbitrales, la sentencia *Achmea* (y, posteriormente, también *Komstroy* y *PL Holdings*) se refieren a arbitrajes de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en el caso de *Achmea* y *Komstroy*) o del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en el caso de *PL Holdings*), en los tres casos con la sede en Estados miembros (Fráncfort, París y Estocolmo, respectivamente).

Así, el hecho de haberse sometido al Convenio CIADI no es baladí, pues dichos arbitrajes no tienen sede dentro del territorio de ningún Estado miembro de la UE. Los tribunales de los Estados miembros carecen de competencia para anular el laudo. Así, según indican los tribunales arbitrales en *Cube Infrastructure c. España* (81) y *STEAG c. España* (82), un tribunal CIADI constituido bajo el TCE no puede equipararse a un tribunal CNUDMI con sede en el territorio de un Estado miembro, como disponía el TBI del caso *Achmea*:

«El Tribunal debe su existencia a dos tratados internacionales, el TCE y el Convenio del CIADI, que no están específicamente conectados con el ordenamiento jurídico de uno de los Estados

involucrados. Ambos instrumentos son acuerdos multilaterales que tienen un ámbito de aplicación ratione personae y ratione territorii, que se extiende mucho más allá de las fronteras de la UE».

En un sentido similar, el tribunal en el caso *UP and CD c. Hungría* (83) consideró que la jurisdicción de un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI se localiza en el ámbito del Derecho Internacional Público. La consecuencia es que su jurisdicción se basa en un tratado válido en el Derecho Internacional, y que los efectos de *Achmea* no son extensibles a este tratado:

«The Achmea Decision said nothing about its effect on perfected consent to arbitration between an EU national and an EU Member State under Art. 25 of the ICSID Convention, and this silence serves as further evidence of the limited scope of the judgment, which does not apply to ICSID arbitration».

En este caso se apoyó el tribunal de *Watkins c. España* para añadir que un arbitraje CIADI es un mecanismo de resolución de disputas gobernado exclusivamente por el Derecho Internacional Público. Así, según el tribunal, su jurisdicción estaba basada *«on the ICSID Convention, the ECT, and general international law principles governing State consent»* (84).

La misma lógica fue seguida por el tribunal arbitral en *Marfin c. Chipre* (85) : *«[t]he Tribunal recalls in this context that its jurisdiction derives not only from the Treaty, but also from the ICSID Convention. It is thus the Tribunal's duty to give effect to this legal instrument».*

En definitiva, a pesar de la sentencia *Komstroy*, no debe darse por completamente superada esta tercera línea argumental, al menos en lo que respecta a aquellos arbitrajes sometidos al CIADI, pues presentan características propias que, cuando menos, ponen en duda la aplicabilidad de la doctrina del TJUE a los mismos.

IV. CONCLUSIÓN

Si algo está claro a la vista de los numerosos precedentes que han abordado la aplicabilidad de la doctrina *Achmea* a los arbitrajes de inversión intra-UE es que, frente a la misma, existen múltiples y variados argumentos de Derecho Internacional Público que permiten sostener la jurisdicción de los tribunales arbitrales respecto a las controversias sometidas a ellos.

Tanto es así que, de manera invariable, todas y cada una de las *«intra-EU jurisdictional objections»* planteadas por los Estados miembros demandados han resultado rechazadas por los diferentes tribunales internacionales que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las mismas hasta la fecha, lo cual refuerza más si cabe el escaso éxito y convicción que ha tenido la doctrina del TJUE fuera del estricto ámbito en el que la misma resulta de obligado cumplimiento (i.e. el de los juzgados y tribunales de los Estados miembros). En palabras del tribunal arbitral en *RREEF c. España* (86) :

«This being said, the Tribunal underlines that in all published or known investment treaty cases in which the intra-EU objection has been invoked by the Respondent, it has been rejected. The present decision on this point therefore falls squarely within the continuity of this consistent

pattern of decision-making by international tribunals».

De la misma manera, es previsible que la conclusión de la reciente sentencia *Komstroy*, respecto a la que los tribunales arbitrales no han tenido todavía tiempo de pronunciarse, tampoco sea seguida por estos, habida cuenta de que la mayor parte de los argumentos de Derecho Internacional Público utilizados en el pasado para rechazar la aplicación de la sentencia *Achmea* son plenamente trasladables y aplicables ahora frente a *Komstroy*.

-
- (1) Los autores expresan su agradecimiento y reconocimiento a Javier García Urbano por su ayuda para la preparación de este artículo.
- Ver Texto
- (2) Párr. 14 de la sentencia *Achmea*.
- Ver Texto
- (3) Párrs. 31 a 38 de la sentencia *Achmea*.
- Ver Texto
- (4) Párrs. 39 a 42 de la sentencia *Achmea*.
- Ver Texto
- (5) Párr. 41 de la sentencia *Achmea*.
- Ver Texto
- (6) Párrs. 43 a 49 de la sentencia *Achmea*.
- Ver Texto
- (7) Art. 267 TFUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:
- a) sobre la interpretación de los Tratados;
 - b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho

órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

[Ver Texto](#)

(8) Párrs. 45 y 46 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(9) Párrs. 50 a 55 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(10) Párr. 53 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(11) Párrs. 56 a 61 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(12) Párr. 59 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(13) Art. 344 TFUE: «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

[Ver Texto](#)

(14) Párr. 57 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(15) Párr. 58 de la sentencia *Achmea*.

[Ver Texto](#)

(16) Es importante señalar que, en realidad, las declaraciones firmadas fueron tres: (i) la mayor parte de Estados miembros suscribieron la declaración cuyo contenido resumimos en este artículo; (ii) Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia y Suecia firmaron una declaración en la que omitieron pronunciarse sobre los efectos de *Achmea* sobre el TCE en tanto el TJUE no se pronunciase al respecto; y (iii) por último, Hungría firmó su propia declaración, en la que entre otras cuestiones declaró que «*the Achmea judgment concerns only the intra-EU bilateral investment treaties. The Achmea judgment is silent on the investor state arbitration clause in the Energy Charter Treaty (hereinafter: "ECT") and it does not concern any pending or prospective arbitration proceedings initiated under the ECT*».

Ver Texto

(17) La Declaración de 15 de enero de 2019 se encuentra disponible en:
https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_es.

Ver Texto

(18) Art. 19(1), párr. segundo, del TUE: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

Ver Texto

(19) Los firmantes del Acuerdo de 5 de mayo de 2020 son 23 Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España. No lo han suscrito, por tanto, cuatro Estados miembros: Austria, Finlandia, Irlanda y Suecia.

Ver Texto

(20) El Acuerdo de 5 de mayo de 2020 se encuentra disponible en:
https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.

Ver Texto

(21) Arts. 2, 3 y 4 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(22) Arts. 5 y 7 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(23) Art. 6 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(24) Arts. 7, 8 y 9 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(25) Art. 7 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(26) Art. 9 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(27) Art. 10 del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(28) Considerando del Acuerdo de 5 de mayo de 2020.

Ver Texto

(29) Art. 26.4º Tratado de la Carta de la Energía:

«En el caso de que un inversor opte por someter la controversia para su solución con arreglo a la letra c) del apartado 2, dicho inversor deberá, asimismo, presentar su consentimiento por escrito de que la controversia se someta:

a) i) Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado «Convenio CIADI»), en caso de que tanto la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI; o

ii) Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio mencionado en el inciso i) de la letra a), de acuerdo con las normas por las que se rige el mecanismo adicional de aplicación de procedimientos por la Secretaría del Centro (en adelante denominadas «Normas sobre el Mecanismo Adicional»), en caso de que o la Parte Contratante del Inversor o la Parte Contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI.

b) Un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje «*ad hoc*» establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante denominado «CNUDMI»), o

c) Un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo».

Ver Texto

(30) Párrs. 21 a 38 de la sentencia *Komstroy*.

Ver Texto

(31) Párr. 34 de la sentencia *Komstroy*.

Ver Texto

(32) Párrs. 40 a 66 de la sentencia *Komstroy*.

Ver Texto

(33) Párrs. 62 y 63 de la sentencia *Komstroy*.

Ver Texto

(34) Párr. 66 de la sentencia *Komstroy*.

[Ver Texto](#)

(35) Párr. 79 de la sentencia *Komstroy*.

[Ver Texto](#)

(36) Párr. 85 de la sentencia *Komstroy*.

[Ver Texto](#)

(37) Párr. 35 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(38) Párr. 46 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(39) Párrs. 47 y 48 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(40) Párr. 56 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(41) Párr. 52 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(42) Párr. 55 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(43) Párrs. 57 a 69 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(44) Párr. 67 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(45) Párr. 68 de la sentencia *PL Holdings*.

[Ver Texto](#)

(46) No han sido incluidos aquellos precedentes en los que la decisión de no aplicar la doctrina *Achmea* se debió a cuestiones particulares del caso en cuestión. Un claro ejemplo lo constituye el caso *Antaris c.*

República Checa, donde el tribunal arbitral rechazó aplicar las conclusiones de *Achmea* sobre la base de la previa renuncia del Estado demandado a plantear excepciones sobre la cuestión de jurisdicción intra-UE. *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, caso PCA No. 2014-01, Laudo, 2 de mayo de 2018. Miembros del tribunal: Lord Collins of Mapesbury (Presidente), Gary Born y HE Judge Peter Tomka.

[Ver Texto](#)

(47) *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre jurisdicción, 6 de junio de 2016, ¶¶ 37-90. Si bien dicha Decisión sobre jurisdicción fue emitida cuando el TJUE aún no se había pronunciado sobre el asunto *Achmea*, los razonamientos y conclusiones de la misma fueron ratificados posteriormente por el tribunal arbitral, a la vista de la sentencia *Achmea*, en su Decisión sobre responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 30 de noviembre de 2018, ¶¶ 198-213. Miembros del tribunal: Alain Pellet (Presidente), Robert Volterra y Pedro Nikken.

[Ver Texto](#)

(48) *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 79.

[Ver Texto](#)

(49) *Electrabel S.A v. Hungary*, caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre jurisdicción, ley aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, ¶ 4.133; citado en *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 76. Miembros del tribunal: V.V. Veeder (Predidente), Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler y Prof. Brigitte Stern.

[Ver Texto](#)

(50) *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 81-86; Decisión sobre responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, ¶ 213.

[Ver Texto](#)

(51) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Laudo, 15 de junio de 2018, ¶ 215. Miembros del tribunal: Eduardo Zuleta (Presidente), J. Christopher Thomas QC y Prof. Francisco Orrego Vicuña.

[Ver Texto](#)

(52) *STEAG GmbH v. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/4, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 8 de octubre de 2020, 262-266. Miembros del tribunal: Eduardo Zuleta (presidente), Guido Santiago Tawil y Pierre-Marie Dupuy.

[Ver Texto](#)

(53) *gREN Holding S.a.r.l v. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019, ¶ 173. Miembros del tribunal: Ian Binnie (presidente), David R. Haigh y V.V. Veeder.

[Ver Texto](#)

(54) *Watkins Holding S.A.R.L., Watkins (NED) B.V., Watkins Spain S.L., Redpier, S.L., Northsea Spain S.L., Parque Eólico Marmellar S.L. and Parque Eólico La Boga S.L. v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/44, Laudo, 21 de enero de 2020, ¶¶ 223-226. Miembros del tribunal: Tan Sri Dato' Cecil W.M. Abraham (presidente), Dr. Michael C. Pryles AO PBM y Prof. Dr. Hélène Ruiz Fabri.

[Ver Texto](#)

(55) *STEAG c. España, op. cit.*, ¶ 266.

[Ver Texto](#)

(56) Aparte de los pronunciamientos mencionados, otros tribunales arbitrales han alcanzado la misma conclusión, por ejemplo: *Infracapital F1 S.à.r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/16/18, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 13 de septiembre de 2021, ¶ 303; *Greentech Energy Systems A/S et. al. v. Kingdom of Spain*, caso SCC No. 2015/150, Laudo Final, 14 de noviembre de 2018, ¶¶ 218 y 219; y *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*, caso SCC No. 2015/063, Laudo Final, 15 de febrero de 2018, ¶ 465.

[Ver Texto](#)

(57) *Landesbank Baden-Württemberg et al. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/15/45, Decisión sobre la objeción «intra-UE», 25 de febrero de 2019, ¶ 194. Miembros del tribunal: Sir Christopher Greenwood, GBE, CMG, QC (president), Rodrigo Oreamuno y Dr. Charles Poncet.

[Ver Texto](#)

(58) *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, caso CIADI No. ARB/12/12, Decisión sobre el asunto *Achmea*, 31 de agosto de 2018, ¶ 229. Miembros del tribunal : Professor Albert Jan Van Den Berg (President), the Honourable Charles N. Brower y Prof. Vaughan Lowe.

[Ver Texto](#)

(59) *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 81-86.

[Ver Texto](#)

(60) *STEAG c. España, op. cit.*, ¶ 272.

[Ver Texto](#)

(61) *Cube Infrastructure Fund SICAV et al. v. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y decisión parcial sobre daños, 19 de febrero de 2019, ¶ 130. Miembros del tribunal: Prof. Vaughan Lowe (president), the Honourable James Jacob Spigelman y Prof. Christian Tomuschat.

[Ver Texto](#)

(62) *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶ 87.

[Ver Texto](#)

(63) Art. 16 Tratado sobre la Carta de la Energía: «Cuando dos o más Partes Contratantes sean signatarias de un acuerdo internacional anterior, o firmen un acuerdo internacional posterior, cuyas condiciones afecten, en cualquiera de los dos casos, a las cuestiones reguladas en las Partes III ó V del presente Tratado,

1) nada de lo dispuesto en las Partes III ó V del presente Tratado se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición del otro acuerdo, o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo a dicho acuerdo, y

2) nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición de las Partes III ó V del presente Tratado o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al presente Tratado,

En la medida en que tales disposiciones sean más favorables para los inversores o la inversión».

[Ver Texto](#)

(64) *STEAG c. España, op. cit.*, ¶ 276.

[Ver Texto](#)

(65) *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, caso CIADI No. ARB/15/38, Laudo, 31 de julio de 2019, ¶¶ 245-253. Miembros del tribunal: Judge Joan E. Donoghue (presidente), Prof. Giorgio Sacerdoti y Sir David A R Williams KNZM, QC.

[Ver Texto](#)

(66) *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/15/1, Laudo, 2 de diciembre de 2019, ¶ 145. Miembros del tribunal: Prof. Jeswald W. Salacuse (presidente), Prof. Kaj Hobér y Prof. Zachary Douglas QC.

[Ver Texto](#)

(67) *Hydro Energy 1 S.A.R.L. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/15/42, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantificación de daños, 9 de marzo de 2020, ¶ 500. Miembros del tribunal: Lord Collins of Mapesbury, LL.D., F.B.A. (presidente), Prof. Rolf Knieper y Peter Rees, QC.

[Ver Texto](#)

(68) *STEAG GmbH c. España, op. cit.*, ¶ 260 y 273.

[Ver Texto](#)

(69) *RREEF c. España, op. cit.*, Decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 74-75.

[Ver Texto](#)

(70) *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited, European Investments (Morón) 1 Limited, et al. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, 2 de agosto de 2019, ¶ 267. Miembros del tribunal: Stephen L. Drymer (president), Prof. William W. Park y Prof. Pierre-Marie Dupuy.

[Ver Texto](#)

(71) *Stadtwerke c. España, op. cit.*, ¶ 137

[Ver Texto](#)

(72) *Hydro Energy c. España, op. cit.*, ¶ 500.

[Ver Texto](#)

(73) *STEAG c. España, op. cit.*, ¶¶ 234-236.

[Ver Texto](#)

(74) *Eurus Energy Holdings Corporation v. Reino de España*, caso CIADI No. ARB/16/4, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, 17 de marzo de 2021, ¶¶ 213 — 215. Miembros del tribunal: James R. Crawford (presidente), Oscar M. Garibaldi y Andrea Giardina.

[Ver Texto](#)

(75) *gREN c. España, op. cit.*, ¶ 173.

[Ver Texto](#)

(76) *InfraRed c. España, op. cit.*, ¶ 225 y ss.

[Ver Texto](#)

(77) *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018, ¶ 679. Miembros del tribunal: John Beechey CBE (president), Gary Born y Prof. Brigitte Stern.

[Ver Texto](#)

(78) *Vattenfall c. Alemania, op. cit.*, ¶ 161. Según el tribunal arbitral, era una «*open question*» si aplicar las mismas consideraciones de *Achmea* a un caso bajo el TCE.

[Ver Texto](#)

(79) *Greentech Energy Systems A/S and others v. Kingdom of Spain*, caso SCC No. V2015/150, Laudo Final, 14 de noviembre de 2018, ¶¶ 220-221. Miembros del tribunal: Michael J. Moser (presidente), Klaus M. Sachs y Raúl E. Vinuesa.

[Ver Texto](#)

(80) *Watkins c. España, op. cit.*, ¶ 221.

[Ver Texto](#)

(81) *Cube c. España, op. cit.*, ¶ 357.

[Ver Texto](#)

(82) *STEAG c. España, op. cit.*, ¶ 235.

[Ver Texto](#)

(83) *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, caso CIADI No. ARB/13/35, Laudo, 9 de octubre de 2018, ¶ 221. Miembros del tribunal: Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel (presidente), the Honourable L. Yves Fortier PC CC OQ QC y Sir Daniel Bethlehem KCMG QC.

[Ver Texto](#)

(84) *Watkins c. España, op. cit.*, ¶ 225.

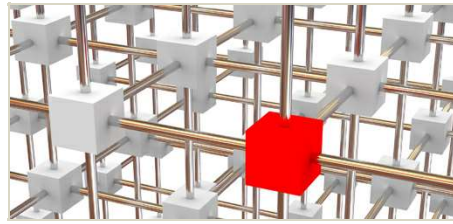
[Ver Texto](#)

(85) *Marfin Investment Group Holdings S.A. and others v. Republic of Cyprus*, caso CIADI No. ARB/13/27, Laudo, 26 de julio de 2018, ¶ 592. Miembros del tribunal : Bernard Hanotiau (presidente), David A. O. Edward QC y Daniel M. Price.

[Ver Texto](#)

(86) *RREEF c. España, op. cit.* Decisión sobre jurisdicción, ¶ 89. En el mismo sentido, *InfraRed c. España, op. cit.*, ¶ 260.

[Ver Texto](#)



A propósito del nuevo Reglamento de Procedimiento Acelerado de la CNUDMI: reflexiones iniciales sobre algunas soluciones aportadas, con especial consideración a los nuevos requisitos para la *mutatio libelli* (1)

On the new UNCITRAL Expedited Procedure Rules: initial reflections on some of the solutions provided, with special consideration of the new requirements for *mutatio libelli*

El nuevo Reglamento de la CNUDMI sobre el Procedimiento Abreviado de Arbitraje incorpora ciertas soluciones que podrían justificar, en última instancia, que pueda decirse que opera un nuevo principio de «celeridad» para la construcción del Reglamento. Una buena forma inicial de avanzar en el estudio del Procedimiento Abreviado es analizar, en particular, las reglas de arbitraje de la *mutatio libelli* en relación con el Procedimiento Abreviado: sus precedentes, su justificación y su recepción en países como España. Estas soluciones reflejan que han pretendido un delicado equilibrio entre la eficacia y la equidad, ejemplificado en el hecho de que, a pesar del acortamiento de los plazos y la simplificación del procedimiento (de lo que la restricción de la *mutatio libelli* es sólo un ejemplo), el Procedimiento Abreviado es revocable: el tribunal arbitral, en determinadas circunstancias y a petición de una de las partes, puede decidir volver a la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre arbitraje.

Arbitraje, *Mutatio libelli*, CNUDMI, Procedimiento Abreviado de Arbitraje, Carácter revocable.

The new UNCITRAL Rules on the Arbitration Expedite Procedure incorporate certain solutions which could ultimately justify perhaps that a new «expeditiousness» principle can be said to be operating for the construction of the Rules. A good initial way to go forward in the study of the Expedite Procedure is to analyse, in particular, the *mutatio libelli* arbitration rules in connection with the Expedite Procedure : their precedents, justification, and their reception in countries like Spain. These solutions reflect that they have purported a delicate balance between efficiency and fairness, exemplified on the fact that, notwithstanding the shortening of deadlines and the simplification of the procedure (for which the restriction of the *mutation libelli* is just an example), the Expedite Procedure is reversible: the arbitral tribunal, in certain circumstances and upon one of the parties soliciting it, may decide to return to the application of the UNCITRAL Regulation on arbitration.

Arbitration, *Mutatio libelli*, UNCITRAL, Expedited Arbitration Procedure, Reversible nature.



Carlos Valls (2)

Presidente de la Associació pel Foment de l'Arbitratge (AFA)

Socio/Partner, MCI Arb Giró Martínez

I. INTRODUCCIÓN

En fecha 26 de julio de 2021 se aprobó por parte de la CNUDMI el Reglamento de Procedimiento Acelerado, que viene a completar, junto al Reglamento de Transparencia, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (3). Las presentes Jornadas son, pues un marco apropiado para la celebración de esta nueva iniciativa de la CNUDMI de la que, en palabras del Dr. Andrés Jana, Presidente del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI, se destaca su carácter neutral y único (la CNUDMI no administra arbitrajes) y se compromete en su actividad a hacerlo de forma abierta, transparente e inclusiva (4).

El Procedimiento Acelerado presentado por la CNUDMI simplifica el procedimiento respecto al Reglamento (5), con el propósito explicitado de lograr un equilibrio entre eficacia y garantías de los derechos de las partes (6). Por tanto, no es simplemente un listado de actuaciones con plazos abreviados respecto al Reglamento, sino que se incorporan criterios valorativos y principios de actuación, dirigidos tanto a las partes como al tribunal arbitral.

Ya hace unos años que se han ido adoptando reglamentos simplificados o de *fast-track* por parte de las instituciones más importantes y más diversas (el Reglamento unificado suizo, el Reglamento de la CCI, de la SCC, del HKIAC, del SIAC, de la AAA, de la CIETAC y de la WIPO, entre otros ejemplos (7)), aunque es interesante la solución de la LCIA, que ha optado por mantener un solo Reglamento, pero explicitando adicionalmente los poderes del Tribunal Arbitral, que pueden reconducirse para acelerar el procedimiento, *cf.* arts. 14 y 22 de las LCIA Rules. Pero el hecho de que sea precisamente la CNUDMI la que proponga ahora un Reglamento de Procedimiento Acelerado es especialmente significativo porque la CNUDMI, en su propósito de unificación y armonización del comercio internacional, actúa no solo procurando un conjunto de reglas aceptable para las partes en los arbitrajes internacionales *ad hoc*, sino también como referente para los Tribunales nacionales, como mencionaremos más adelante con relación a España.

II. CRITERIOS VALORATIVOS Y PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN EN EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO ACELERADO CNUDMI

Una lectura rápida del Reglamento Acelerado nos permite detectar, fundamentalmente, los siguientes criterios valorativos: las partes (art. 3.1º) y el tribunal arbitral (art. 3.2º) actuarán y dirigirán

con celeridad, respectivamente, el proceso; el tribunal arbitral podrá utilizar todo medio tecnológico que considere apropiado (art. 3.3º); el tribunal arbitral consultará a las partes la forma en que dirigirá el arbitraje mediante una conferencia de gestión del caso (art. 9); el tribunal arbitral podrá decidir que las audiencias no tengan lugar (art. 11); el demandado no podrá formular reconvencción o demanda a efectos de compensación tras su escrito de contestación a menos que el tribunal arbitral lo considere apropiado (art. 12); ninguna parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, ni formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral lo considere apropiado (art. 13); el tribunal arbitral podrá denegar la solicitud de que se establezca un procedimiento para que una parte pueda pedir a la otra que presente documentos (art. 15); el tribunal arbitral podrá decidir qué testigos y peritos prestarán declaración (art. 15.3º); y el tribunal arbitral podrá decidir que sigue dirigiendo el arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Vemos, pues, que los anteriores criterios son o bien un mandato general de comportamiento, dirigido a actuar con celeridad, que no existe en el Reglamento (un mandato a las partes, pero también al tribunal arbitral), o bien unos poderes ampliados del tribunal arbitral respecto a los que ya se otorgan en el Reglamento, poderes ampliados (8) que deben ejercerse bajo el mandato al tribunal arbitral de que actúe con celeridad, sin por ello menoscabar las garantías de los derechos de las partes.

¿Podríamos hablar entonces de la introducción de un nuevo «principio de celeridad», como una extensión del principio de buena fe procedimental en los casos de procedimiento acelerado? Ciertamente para las partes puede ser una buena orientación, pero es evidente que para el tribunal arbitral, en su labor decisoria, este posible «principio de celeridad» presenta implicaciones adicionales, que le sitúan más bien en la búsqueda de dicha celeridad sin menoscabo de las garantías procedimentales de las partes. No es objeto de la presente exposición responder de forma definitiva sobre la existencia de este principio (9), sino únicamente el de destacar esta posibilidad en la interpretación del Reglamento de Procedimiento Acelerado de la CNUDMI. Esta indagación puede efectuarse a través del análisis de una de las facultades de las partes cuyos requisitos se ven modificados en el Reglamento de Procedimiento Acelerado, respecto del Reglamento, como es la facultad de complementar o modificar la demanda o contestación, o la reconvencción o contestación a la misma, que en muchas jurisdicciones se conoce como la «*mutatio libelli*».

III. *MUTATIO LIBELLI*. SU FUNCIÓN COMO PROHIBICIÓN EN MUCHOS SISTEMAS PROCESALES EN LAS DIPUTAS ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y SU DIFERENTE REGULACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI

La expresión *mutatio libelli* se usa en España (y en tantos otros países de similar concepción o solución procesal (10)) como una prohibición de las partes a modificar su demanda, contestación, reconvencción o contestación a la misma, tras la presentación de los correspondientes escritos (arts. 400 y 412.2º LEC), y con la única salvedad (que afianza su carácter de prohibición, y no como excepción a la regla), de que se permitirán en la Audiencia Previa aclaraciones o complementos a las mismas, sin modificar la estructura de lo alegado o solicitado (art. 426 LEC).

El fundamento explicitado de esta prohibición es el de evitar la indefensión de la otra parte, es decir, en palabras de la jurisprudencia española, *«la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [porque se haya efectuado un intento de mutatio libelli] porque se haya visto privada [la parte que no ha invocado el cambio de demanda] de forma efectiva o material de medios de defensa»* (11) . Esta prohibición responde, a su vez, a un sistema procesal muy pautado y rígido, que presenta como contrapartida o ventaja la certidumbre de las reglas de juego y la economía procesal (con los plazos preclusivos como complemento, lo que no puede negarse que lleva de por sí un evidente ahorro, al menos inicialmente, de tiempo y costes — sin perjuicio de la problemática que este sistema pueda acarrear— (12) y que se manifieste en apelaciones sucesivas).

Frente a esta rigidez procesal (13) , el arbitraje y, en particular, el arbitraje internacional, se presenta como un mecanismo mucho más flexible, que en el campo de la fijación de las posiciones de las partes permite, por regla general, precisamente la opción contraria, es decir, la facultad de las partes de modificar sus pretensiones, establecidas en la demanda, contestación, reconvencción o contestación a la misma, siempre que se evite el abuso del procedimiento (14) .

Una explicación clásica de la necesidad de esta flexibilidad la dan Derains y Schwartz: *«Aunque existe un amplio apoyo para la afirmación de que, en orden a evitar trastorno y retraso, debería haber un momento en cualquier procedimiento arbitral en que las nuevas demandas no debieran ser ya admitidas, no todos los casos son iguales, y en ciertas circunstancias la admisión de una nueva demanda puede no ser razonable y legítima, pero sí preferible a su alternativa, que es el inicio de un nuevo arbitraje.»* (15)

Así, ya en la redacción del Reglamento CNUDMI de 1976 (16) se contemplaba la facultad de la *mutatio libelli* de manera explícita e incuestionable, cuya redacción se ha mantenido en las sucesivas modificaciones del Reglamento, y que es del siguiente tenor literal:

«Art. 22: En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda o una contestación, incluida una reconvencción o demanda a efectos de compensación, no podrán modificarse ni complementarse de manera tal que la demanda o la contestación modificadas o complementadas queden excluidas en el ámbito de competencia del tribunal arbitral.»

Tradicionalmente, no todos tratadistas en arbitraje internacional han estado de acuerdo con esta facultad tan amplia de modificación de las pretensiones durante el procedimiento arbitral. Por ejemplo, cabe destacar la posición de Fouchard, Gaillard y Goldman (17) , que abogan por que el tribunal arbitral establezca plazos de preclusión, aunque sea más adelante en el procedimiento arbitral, tras los cuales no se permitirá esta facultad de modificación, más que en circunstancias excepcionales, tales como que la parte solicitante de la modificación aduzca razones muy significativas para no poder respetar el plazo concedido (18) .

Es interesante constatar que los tratadistas anglosajones, en cambio, apenas se detienen en esta cuestión (tal vez porque la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales relevantes sí permiten de uno u otro modo la *mutatio libelli* (19)). Por ejemplo, Park se limita a constatar que la *mutatio libelli* es un ejemplo claro de una situación que genera tensión entre eficacia (rapidez) y garantías de los derechos de las partes, sin aportar una solución apriorística a este tema (20) .

La ley de arbitraje española (Ley 60/2003, de arbitraje, de 23 de diciembre) está inspirada en la Ley Modelo CNUDMI, recoge una parte importante de su redacción (21) , e incorpora en su art. 29 la regla general de la aceptación de la *mutatio libelli* de forma casi literal a la de la Ley Modelo.

IV. EL REGLAMENTO CNUDMI Y SU CARÁCTER DE REFERENTE PARA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE VALIDEZ DE LOS LAUDOS EN CASOS DE *MUTATIO LIBELLI*

Un estudio general sobre la jurisprudencia internacional en relación con la aplicación de la *mutatio libelli* por el tribunal arbitral, de un lado, y de cómo dicha aplicación (sea aceptándola o rechazándola) es mantenida luego por los tribunales resolviendo sobre la validez de los laudos, no es posible en los objetivos de la presente exposición.

Diremos únicamente que, en general, se producen frecuentemente en materia de concepto y posiblemente de cuantificación de los daños y perjuicios (22) . Desde luego, no parece que pueda haber ningún problema de la disminución posterior de los daños inicialmente solicitados. También parece claro que una cosa sea la alegación de una nueva demanda o petición, o modificación de las mismas, otra sea la alegación de un nuevo argumento jurídico (23) .

Un caso reciente en España es el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de la Sala Civil y Penal, de fecha 22 de mayo de 2017 (84 páginas). La disputa trataba de una determinación por vía de arbitraje *ad hoc*, de una cláusula de separación de socio en una sociedad con dos socios al 50%, con una escueta referencia en el documento que regía las relaciones entre los socios a que, en las situaciones de bloqueo, si las partes no llegaban a un acuerdo, aceptarían un laudo arbitral (textualmente), sin ninguna otra referencia a la forma de decidir las disputas entre ambos (el árbitro único fue nombrado judicialmente).

Tras una primera audiencia de práctica de la prueba en la que se analizó la cláusula propuesta por la demandante, y que contenía ciertas asimetrías que quedaron plenamente expuestas en dicha audiencia, la demandante solicitó presentar una segunda redacción de la cláusula de separación (corrigiendo algunas de las propuestas), a lo que la demandada se opuso por considerar, entre otros motivos, que la cláusula de separación no podía ser impuesta por el árbitro, cuya discreción ante tal petición generaba total indefensión, además de que la *mutatio libelli* generaba costes adicionales a la demandada.

El tribunal descartó los motivos de anulación del laudo, en relación con la *mutatio libelli* señalando que (i) la modificación del *petitum* no suponía quedarse fuera del convenio arbitral (ii) no había riesgo de demora, puesto que «no consta vulnerado el derecho de defensa» (*sic*) ; y (ii) no había habido peligro de vulneración de los principios de igualdad y defensa, dado que se respetaron ambos

derechos (la demandada, que en su petición principal había solicitado la inadmisión de la *mutatio libelli*, había presentado como petición subsidiaria su propia redacción de cláusula de separación, algunos de cuyas propuestas fueron incorporadas en la cláusula impuesta por el árbitro en su laudo).

El Reglamento CNUDMI no solo actúa como reglamento del procedimiento arbitral en arbitrajes *ad hoc* por elección de las partes, sino que puede actuar también, como fuente normativa de referencia para los tribunales arbitrales

Lo verdaderamente interesante, a nuestros efectos, es que el Tribunal, además de citar el art. 29 de la Ley de Arbitraje española (plenamente aplicable al caso), argumentó adicionalmente que, en arbitraje internacional y, concretamente según el Reglamento CNUDMI, se contemplaba perfectamente la facultad de la *mutatio libelli*, y procedía en la sentencia a citar literalmente el art. 22 del Reglamento.

Por tanto, el Reglamento CNUDMI no solo actúa como reglamento del procedimiento arbitral en arbitrajes *ad hoc* por elección de las partes, sino que puede actuar también, como en el presente caso comentado, como fuente normativa de referencia para los tribunales (con lo que, a su vez, puede servir como base decisional a un tribunal arbitral en su resolución sobre un punto determinado de un arbitraje *ad hoc* sin que las partes se hayan sometido al Reglamento UNCITRAL expresamente, en un juego de influencias recíprocas, y sea dicho esto con las necesarias y evidentes cautelas).

V. LA *MUTATIO LIBELLI* EN EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO ACELERADO CNUDMI

El Reglamento CNUDMI de Procedimiento Acelerado opta por modificar el criterio de la Ley Modelo y del Reglamento de la siguiente forma:

«Art. 13: Ninguna parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, ni formular una reconvencción o demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral lo considere apropiado (...), en razón del momento en que se solicite (..), el perjuicio que pueda causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias».

(En el mismo sentido se pronuncia el art. 2 con relación a la facultad de reconvencción del Demandado, que debe efectuarse en el momento de la contestación).

Vemos, pues, que se ha invertido el criterio, que, de ser la regla general, la *mutatio libelli* pasa a la excepción. Por tanto, en el Procedimiento Acelerado no permite la *mutatio libelli* más que en casos excepcionales.

Se trata de un criterio mucho más restrictivo que el propuesto por Fouchard, Gaillard y Goldman, que citábamos anteriormente, que al menos sugerían que el tribunal arbitral impusiera un plazo a partir

del que no podría haber alteración de *petitum* ni de *causa petendi* (24) .

La Nota Explicativa del Reglamento Acelerado de la CNUDMI (25) nos adelanta dos criterios importantes. De un lado, considera que los arts. 12 y 13 incorporan, efectivamente, «un umbral más alto» para la aceptación de una solicitud de *mutatio libelli*, pero se insiste en que se mantiene la esencial flexibilidad del arbitraje, con lo que se da cabida a la excepción, al contrario que los sistemas judiciales similares al español, en los que la presentación de los escritos de alegaciones actúa con un efecto preclusivo inexorable (26) .

De otro lado, apunta a que, en determinadas situaciones, las nuevas peticiones pueden reflejar, en realidad, la posibilidad de que ya no sea apropiado continuar en el Procedimiento Acelerado, con lo que, a petición de parte, el tribunal arbitral podrá decidir que el Procedimiento Acelerado ya no sea de aplicación y sea conveniente volver al Reglamento (art. 2 del Reglamento de Procedimiento Acelerado).

Al decidir sobre la vuelta al Reglamento, la Nota Explicativa enumera ciertas circunstancias que deberá tener en cuenta el tribunal arbitral, como son (i) la urgencia (ii) el estadio del procedimiento (iii) su complejidad (volumen de documentación, número de testigos o peritos, etc.) (iv) la cuantía del asunto (v) los términos de la cláusula arbitral en favor del arbitraje acelerado, y (vi) las consecuencias de la decisión en el procedimiento.

VI. CONCLUSIÓN

La interpretación de cómo aplicar restrictivamente la solicitud de la *mutatio libelli* en el recién aprobado Procedimiento Acelerado de la CNUDMI (recordemos, se permite al tribunal arbitral decidirlo por vía de excepción, o bien se contempla la posibilidad de volver al procedimiento establecido por el Reglamento) deberá tener en cuenta el momento en que se solicite, el perjuicio que pueda provocar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias.

Este criterio final («cualquiera otras circunstancias»), como excepción a la regla general de prohibición de la *mutatio libelli* en el Procedimiento Acelerado, impide que los tribunales arbitrales puedan limitarse a efectuar una interpretación literal de los arts. 12 y 13 (aunque tampoco los criterios de la fase del procedimiento y de los perjuicios posibles son muy explícitos).

Por tanto, la aplicación del criterio restrictivo para la *mutatio libelli* en el Procedimiento Acelerado necesariamente deberá tener en cuenta el objetivo o espíritu del Procedimiento Acelerado (al que las partes habrán tenido que someterse expresamente para su aplicación).

En consecuencia, la interpretación de los arts. 12 y 13 deberá efectuarse con carácter sistemático, en conjunción con el resto de las propuestas del Procedimiento Acelerado. Es en este contexto en el que puede tener sentido profundizar sobre si existe un principio de celeridad que estructure todo el Procedimiento Acelerado, tal como parece anunciarse en su art. 3 (y cuya observancia o inobservancia pudiera dar lugar a cuestionar la validez del laudo, o bien limitarse a un tema de buenas prácticas arbitrales), en el bien entendido de que dicho principio debe basarse siempre en el

equilibrio entre eficacia y garantías de los derechos de las partes. Equilibrio cuyo reflejo último es la posibilidad de que el Procedimiento Acelerado sea reversible en favor del Procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

BLACKABY, N. y PARTASIDES, C., con A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

CRAIG, W.L., PARK, W.W. y PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publications Inc./Dobbs Ferry/ICC International Chamber of Commerce, 2000.

DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E.A., *A guide to the New ICC Rules*, La Haya, Kluwer Law International, 1998.

FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996 .

PARK, W.W., *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, Oxford– New York, Oxford University Press, 2006.

STAMPA, G., *Discovery Arbitral*, Madrid, Colex, 2011.

(1)

Este artículo refleja la intervención del autor, de forma adaptada a su versión escrita, en la IV Jornada Internacional de Arbitraje y la 2ª Edición de las Jornadas CNUDMI para América Latina y el Caribe (UNCITRAL LAC DAYS, 4 de noviembre de 2021), organizadas por la UCEMA con la colaboración de la CIMA y la CNUDMI, y que puede verse en YouTube (https://www.youtube.com/watch?v=vxriM2wmX2c&ab_channel=ADRONPLAT).

Ver Texto

(2) La AFA fue una de las instituciones de apoyo de la Jornada referida en la nota anterior. La AFA es una asociación que tiene como objeto la promoción del arbitraje (y de otras formas de resolución de conflictos alternativas a los tribunales), con un especial énfasis en su estudio, para facilitar su difusión.

Ver Texto

(3) Originalmente aprobado en 1976, ha sido modificado en diversas ocasiones (versión revisada del 2010 y versión del 2013, incluyendo esta última el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado) hasta su versión actual.

Ver Texto

(4) Primera Edición de las Jornadas CNUDMI para América Latina y el Caribe (UNCITRAL LAC DAYS, 21 de octubre de 2021). Pueden verse en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?>

v=vxriM2wmX2c&ab_channel=ADRONPLAT).

Ver Texto

- (5) En la presente exposición, nos referiremos al Reglamento de Arbitraje ordinario de la CNUDMI como el «Reglamento», sin calificación adicional, para diferenciarlo del Reglamento Acelerado, como por otro lado hace la propia CNUDMI en su página web oficial (<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>).

Ver Texto

- (6) Nota Explicativa del Procedimiento Acelerado, <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.219>.

Ver Texto

- (7) En Barcelona, ciudad fundacional de la AFA, el Tribunal Arbitral de Barcelona también incorporó en 2018 en su Reglamento la posibilidad de un Procedimiento Abreviado.

Ver Texto

- (8) Recordemos que el Reglamento de la LCIA ha recurrido directamente a otorgar amplios poderes del tribunal arbitral para conseguir también una aceleración del procedimiento, sin desarrollar un procedimiento acelerado de forma separada, como se ha mencionado anteriormente.

Ver Texto

- (9) Solo como ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece como exigencia que las partes y el tribunal arbitral actúen de una forma «expedita» (art. 22), con lo que no parece un principio separado de la propia conducción de todo arbitraje. En el mismo sentido, encontramos otros ejemplos en los reglamentos de la SCC (art. 2) o el de la SIAC (art. 19). Sin embargo, lo cierto es que en el Reglamento CNUDMI no se incorpora una previsión equivalente, solo en su Reglamento de Procedimiento Acelerado.

Ver Texto

- (10) Excede del objeto de esta nota una relación de derecho comparado del amplio número de jurisdicciones que utilizan en su legislación o jurisprudencia esta expresión en su sentido de prohibición procesal.

Ver Texto

- (11) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, n.º 389/2016, de 8 de junio de 2016 (que resume el sentir general de las resoluciones del Tribunal Supremo español en este tema).

Ver Texto

- (12) W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006: «...what commercial disputes resolution should be. Is the arbitrator actively seeking to learn the truth? Or is the arbitrator's role simply to see whether one side can support a

claim or defense using its own resources?» («...en qué deberían consistir las resoluciones de disputas comerciales. ¿Debe el árbitro tratar activamente de averiguar la verdad? ¿O el rol del árbitro es simplemente el de contemplar si una de las partes puede apoyar su demanda o su defensa utilizando únicamente sus propios recursos?»), p. 448.

[Ver Texto](#)

(13) Que los sistemas de *common law* descartan en favor de una búsqueda más activa de la verdad material, cf. G. Stampa, *Discovery Arbitral*. Madrid, Colex, 2011, en especial su Introducción.

[Ver Texto](#)

(14) W.W. Park, *op. cit.*, Parte 3, capítulo 1, su conocido capítulo de interesante título: «On elephants and pornography» (que recoge lo que una sentencia inglesa y otra estadounidense coincidieron en expresar, como el mismo autor en el caso de abuso del procedimiento arbitral, en referencia a algo difícil de definir, pero que se sabe cuando se ve).

[Ver Texto](#)

(15) Y. Derains y E.A. Schwartz, *A guide to the New ICC Rules*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, p. 248. La cita es una traducción libre del texto original en inglés («*Although there is a broad support for the proposition that, in order to avoid disruption and delay, there ought to be a moment in any arbitration proceeding when new claims should no longer be allowed, not all cases are the same, and in certain circumstances the admission of a new claim may not only be reasonable and legitimate but preferable to the alternative, i.e., the commencement of a new arbitration*»).

[Ver Texto](#)

(16) Y en la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

[Ver Texto](#)

(17) Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 675.

[Ver Texto](#)

(18) El Reglamento de la CCI parece inclinarse más por la solución de Fouchard, Gaillard y Goldman, al no permitir la *mutatio libelli* más que de manera restrictiva tras el Acta de Misión, art. 23.

[Ver Texto](#)

(19) V.gr., N. Blackaby y C. Partasides con A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, ed. Oxford University Press, 2015.

[Ver Texto](#)

(20) W.W. Park, *op. cit.*, p. 451.

[Ver Texto](#)

(21) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su Exposición de Motivos: «Así, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional". El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares».

[Ver Texto](#)

(22) A favor, Fouchard, Gaillard y Goldman, *op. cit.*, p. 686. En contra, W.L. Craig, W.E. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publications Inc./Dobbs Ferry/ICC International Chamber of Commerce, 2000 (#15.02, p. 279), y I. Derains y E. Schwartz, *op. cit.*, p. 250.

[Ver Texto](#)

(23) Caso CCI n.º 4462 *NOC v Libyan Sun Oil Company* (1987), citado por Fouchard, Gaillard y Goldman, *op. cit.*, p. 686. Cuestión distinta, en una disputa cuyo derecho sustantivo sea de alguno de los ordenamientos jurídicos del *common law*, que se aporten precedentes jurisprudenciales en un momento del procedimiento en que la otra parte no tenga posibilidad de replicar, o que pudieran llegar a generar una revisión de las alegaciones y hechos probados, circunstancia que solo podemos dejar apuntada.

[Ver Texto](#)

(24) También más restrictivo que el Reglamento de la ICC, que no permite la *mutatio libelli* tras el Acta de Misión, salvo también en circunstancias excepcionales (*vid.* nota al pie n.º 9).

[Ver Texto](#)

(25)
Aprobado por la CNUDMI el 16 de julio de 2021.

[Ver Texto](#)

(26) Con un leve margen para las aclaraciones en las vistas judiciales para la conducción o gestión del procedimiento, como es el caso de la Audiencia Previa en España, art. 426 LEC (pero se interpreta de forma muy restrictiva).

[Ver Texto](#)

Iniciativa probatoria del árbitro y respeto hacia las reglas del procedimiento arbitral pactadas entre ambas partes. Especial consideración a la prueba de interrogatorio de testigos y peritos

Evidentiary initiative of the arbitrator and respect for the rules of arbitration procedure agreed upon by both parties. Special consideration to the examination of witnesses and experts

En el presente estudio, su autor analiza cuáles deben ser los límites a la iniciativa probatoria del árbitro. Para ello, aborda en primer lugar las premisas básicas que sustentan la institución procesal de la prueba, tal y como han sido definidas y/o delimitadas por la doctrina científica y jurisprudencial. Posteriormente, una vez analizado este extremo y, en particular, la jurisprudencia constitucional, analiza el autor cuál ha de ser la aplicación concreta que debe hacerse por el árbitro de estas premisas fundamentales a la hora de proponer prueba de oficio en el seno de un proceso arbitral.

Arbitraje, Poderes de los árbitros, Iniciativa probatoria, Pruebas testificales, Pruebas periciales.

The author analyzes in this essay which should be the limits of the arbitrator's capacity to ask the parties for additional evidence. To address this important issue, he first analyzes the basic premises underpinning the procedural institution of submission of evidence, as defined and/or delimited by the scientific and jurisprudential doctrine. Subsequently, having analyzed this point and the constitutional case law, the author analyzes how the arbitrator should apply these fundamental premises when proposing evidence *ex officio* in the framework of an arbitration proceeding.

Arbitration, Powers of arbitrators, Evidentiary initiative, Witness evidence, Expert evidence.



Juan Pablo Correa Delcasso

Profesor Titular de la Universidad de Barcelona

Abogado (La Guard Abogados) (1)

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el papel de dirección que está llamado a jugar el árbitro a lo largo de un procedimiento arbitral es mucho mayor que el que habitualmente desempeñan nuestros jueces y magistrados al frente de un proceso judicial, cuanto menos en países de cultura continental como España. En un momento en el cual se alzan voces cada vez más autorizadas para la implantación de la cultura del *Case Management* en el proceso civil español, tan necesitado de auténticas reformas que lo actualicen en profundidad y lo conviertan en una herramienta verdaderamente útil para la resolución de los conflictos del mundo contemporáneo, el arbitraje ya ha venido atesorando, desde siempre, esa indispensable flexibilidad procedimental que tanto reclaman nuestros operadores jurídicos y económicos.

En este sentido, y por tomar un ejemplo que nos es próximo, nuestra Ley de Arbitraje, al hilo de lo previsto en numerosos ordenamientos jurídicos de países avanzados en materia arbitral a nivel mundial prevé, sin ir más lejos, en su art. 25.2º que, a falta de acuerdo entre ambas partes, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en la norma, dirigir el arbitraje del modo que consideren más apropiado, previsión esta que, como veremos seguidamente, recoge también la inmensa mayoría de reglamentos de las principales instituciones arbitrales mundiales.

No obstante, la aparente sencillez con la que se regula la disposición antes expuesta en numerosos ordenamientos jurídicos y reglamentos de cortes arbitrales choca, como siempre acontece en Derecho, con la realidad práctica del día a día, cuya profusa casuística exige la adopción de múltiples soluciones diversas que, en cualquier caso, deben respetar en todo momento los fundamentales principios de audiencia, contradicción y defensa.

Y es que, ciertamente, los árbitros tienen amplias potestades para dirigir el procedimiento arbitral de la forma que consideren más apropiada, a falta de acuerdo entre las partes. ¿Pero cómo ha de conjugarse esta premisa fundamental cuando existe un acuerdo entre ellas sobre los pormenores del procedimiento arbitral, y los árbitros estiman que tienen que proponer determinadas pruebas de oficio, más allá de lo pactado por estas en el acta de misión?

A este interesante interrogante, al que nos hemos visto obligados a responder en más de una ocasión como árbitros, trataremos de dar respuesta en las siguientes líneas, tras abordar, en un primer momento, el análisis tanto de la doctrina científica como de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

II. PUNTO DE PARTIDA: OBJETO Y FINALIDAD DE LA PRUEBA. POSTULADOS CIENTÍFICOS Y JURISPRUDENCIALES DE ESTA INSTITUCIÓN

Como siempre ha de hacerse cuando pretende abordarse el estudio riguroso de cualquier institución, conviene partir de las premisas básicas que la sustentan, rectamente definidas y/o delimitadas por la doctrina científica y jurisprudencial.

Al hilo de lo afirmado, sobre este particular, por nuestros mejores tratadistas, no puede olvidarse que la prueba es, ante todo, una actividad dirigida al órgano jurisdiccional (2). De ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»), siguiendo las tendencias más modernas del Derecho

comparado, se haya preocupado también de regular, en su art. 429.1º LEC, la iniciativa probatoria del juez civil, en aras de otorgarle un mayor protagonismo en la dirección del procedimiento pero, sobre todo, de velar también por el principio de tutela judicial efectiva.

La prueba se erige así en un Derecho fundamental, pero no ilimitado, que deben salvaguardar, en todo momento, los tribunales.

En este sentido, y como ha tenido ocasión de subrayarlo, en numerosas ocasiones, nuestro Tribunal Constitucional (por todas, véase la STC 51/1985, del 10 de abril, FJ 9º), «el apartado segundo del art. 24 CE, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos "a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa". Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los arts. 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular».

Además, como acertadamente subraya Picó Junoy (3), de los tratados y acuerdos internacionales referentes a derechos humanos ratificados por España, se desprende inequívocamente también que la prueba es un Derecho ejercitable en cualquier orden jurisdiccional, «al configurarse el derecho de toda persona a defender y proteger sus intereses, sin limitación alguna por razón del tipo de tribunal al cual se requiere su tutela. En este sentido se ha pronunciado nuestro TC, y así por ejemplo, en su sentencia 165/2001, del 16 de julio, afirma en su fundamento jurídico segundo que el derecho a la prueba "opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado", entre los cuales figura por tanto, sin duda alguna — añadimos nosotros —, el proceso arbitral».

El papel de dirección que está llamado a jugar el árbitro a lo largo de un procedimiento arbitral es mucho mayor que el que habitualmente desempeñan nuestros jueces y magistrados al frente de un proceso judicial.

Erigido así el derecho a la prueba en una norma de rango constitucional, como bien subraya el mencionado autor este último resulta de aplicación directa e inmediata, por lo que vincula a todos los poderes públicos y a las partes (arts. 91.1º y 53.1º CE), lo que comporta las siguientes consecuencias:

- la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias;
- la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba;
- la subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, y

— la irrenunciabilidad del derecho (4) .

De lo anterior se derivan, a su vez, las siguientes premisas de las cuales, como bien subraya dicho autor, se ha hecho eco nuestra jurisprudencia constitucional:

- i) Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, que tienda a permitir, en todo momento, la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas que su denegación (STS del 10 de febrero de 1992, RA 1080);
- ii) Tener una sensibilidad mayor a la hora de proveer a la satisfacción de este Derecho, que ni lo desconozca, ni lo obstaculice (STC 1/1992, del 13 de enero, FJ 5º), evitando *«la imposición de un formalismo enervante obstaculizador o contrario a la efectividad del mismo»* (STC 140/2000, del 29 de mayo, FJ 4º) y, menos aún, a costa de otro tipo de intereses como los de la economía procesal o la rapidez de los procesos (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 4º).
- iii) Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba, como acontece en el supuesto recogido en la STC 140/2000, de 29 de mayo en su FJ 4º (5) , donde se deniega indebidamente un medio de prueba por meros motivos formales, al no haberse expresado el hecho sobre el que versaría la misma, cuando este último se desprendía fácilmente del resto de alegaciones contenidas en el escrito de demanda.
- iv) Necesidad de dictar una resolución debidamente motivada a la hora de admitir o denegar la prueba solicitada (STC 236/2002, del 9 de diciembre, FJ 4º) (6) .
- v) Atender, en todo momento, a la subsanabilidad de los defectos procesales que puedan presentarse en materia probatoria, siempre que dicha actuación no suponga una ruptura de la regularidad del proceso (doctrina constitucional que, como bien subraya nuevamente Picó Junoy, ha sido recogida por el legislador en los arts. 11.3º, 240.2º, 242 y 243 de la LOPJ, y 231 de la LEC) (7) .
- vi) Práctica, cuando fuera menester, de diligencias finales, si las pruebas practicadas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos fueran insuficientes, justificando, en cada caso, la observancia de los requisitos legales para su adopción, ora a instancia de parte, ora de oficio (8) .

Dicho esto, y como contrapartida a lo que antecede, nuestra jurisprudencia (muy particularmente, a la hora de analizar los requisitos para que pueda prosperar la acción de anulación de laudo arbitral), también ha tenido ocasión de subrayar que el Derecho a la prueba no es un derecho de configuración ilimitada, esto es, un derecho a obtener todos los medios de prueba solicitados, sino única y exclusivamente aquellos que sean útiles y pertinentes para la recta resolución del caso.

Por todas, y por su trascendental importancia a los efectos que ahora nos ocupan, podemos citar la STC 37/2000, de 14 de febrero, cuando taxativamente afirma sobre este particular que

«... el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2º CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial (...), pero «no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se

admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3º CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales, lo cual hace que sus decisiones no sean revisables por este Tribunal salvo cuando el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación, o ésta sea insuficiente (SSTC 89/1995, de 6 de junio, FJ 6 y 131/1995, FJ 3), o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 52/1989, de 22 de febrero, FJ 2, 65/1992, de 29 de abril, FJ 3, 94/1992, de 11 de junio, FJ 3, 233/1992, de 19 de octubre, FJ 2, 1/1996, FJ 2)».

Por ello

«... quien sostenga ante este Tribunal la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, consagrado en el art. 24.2 CE, debe cumplir con la carga de fundamentar y argumentar en la demanda las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso, pues sólo cuando de una manera convincente se infiera que, acaso, el fallo judicial pudo ser otro más favorable para el recurrente si la prueba omitida se hubiera practicado, podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 116/1983, de 2 de diciembre, 30/1986, de 20 de febrero, 147/1987, de 25 de septiembre, 45/1990, de 15 de marzo, 357/1993, 1/1996)» (9) .

Refrescadas así las bases que configuran esta importantísima institución, y que resultan plenamente aplicables al arbitraje nacional o internacional como proceso de naturaleza jurisdiccional que es (10) (el cual, por tanto, debe respetar, como cualquier otro proceso jurisdiccional, los principios básicos que inspiran cualquier procedimiento contradictorio que sea plenamente respetuoso con los derechos de defensa de todas las partes), analizaremos seguidamente qué concreta regulación se contiene sobre esta materia en las principales normas y reglamentos de cortes arbitrales, tanto de nuestro país como de nuestro entorno cultural más próximo.

III. INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL PACTADO ENTRE AMBAS PARTES: ¿UN TÁNDEM INCOMPATIBLE? ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PRUEBA DE INTERROGATORIOS Y TESTIGOS.

Como exponíamos al inicio del presente trabajo, el papel de dirección que está llamado a jugar el árbitro a lo largo de un procedimiento arbitral es mucho mayor que el que habitualmente desempeñan nuestros jueces y magistrados al frente de un proceso judicial, tanto de España como de la inmensa mayoría de países de nuestro entorno cultural más próximo.

En este sentido, hemos visto como nuestra Ley de Arbitraje afirma, sin ir más lejos, en su art. 25.2º que, a falta de acuerdo entre ambas partes, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en la norma, dirigir el arbitraje del modo que consideren más apropiado, potestad esta — añade el precepto — que comprende la de decidir no solo sobre la admisibilidad, la pertinencia y la utilidad de

las pruebas, sino también sobre su práctica, *incluso de oficio* (el subrayado es nuestro), y su valoración.

De forma idéntica, otras normas de signo muy parecido se incluyen en otras tantas legislaciones avanzadas del Mundo en materia arbitral como la francesa (11), la Ley Uniforme del Espacio OHADA (12), la peruana (13), la andorrana (14), la colombiana (15) (entre otras tantas disposiciones) todo ello sin olvidar, como no, las previsiones contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (16).

El árbitro puede, en todo momento, y si lo considera apropiado, proponer prueba de oficio, gozando, sin duda alguna, de una potestad mucho más amplia de la que dispone cualquier juez español y/o de otros tantos países de cultura similar a la nuestra.

Asimismo, numerosos códigos o reglas interpretativas también contienen determinadas previsiones sobre este particular. Así:

- i) Las Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, afirman en su art. 9.2º establecen que «el Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones (...)».
- ii) El vigente Reglamento de Arbitraje de la CCI, afirma por su parte en su art. 25 que «1. El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados. 2. El tribunal arbitral podrá decidir la audición de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia siempre y cuando éstas hayan sido debidamente convocadas. 3. El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado. 4. El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado. 5. En todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales».
- iii) El Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, prevé en sus arts. 26.2º. g) y 36.3 que «sin carácter exhaustivo, esta potestad de los árbitros comprende las siguientes facultades: g) Decidir, incluso de oficio, sobre la práctica de las pruebas.»; «3. Corresponde a los árbitros decidir, mediante orden procesal, sobre la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas o acordadas de oficio, tras haber oído a las partes».
- iv) O los arts. 3.2º. a), 5.2º, 5.3º y 5.5º de las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los

Procedimientos en el Arbitraje Internacional, los cuales contienen, asimismo, las previsiones siguientes: «3.2º: En particular, el tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá en cualquier fase del arbitraje y de oficio: a) solicitar a cualquiera de las partes que aporte pruebas documentales relevantes o que ponga a disposición los testigos para que presten declaración durante la audiencia»; 5.2º: Después de haber oído a las partes, el tribunal arbitral decidirá los testigos que serán citados para prestar declaración en las audiencias, según los arts. 5.3º a 5.9º siguientes; 5.3º: El tribunal arbitral podrá denegar la práctica del interrogatorio de determinados testigos durante la audiencia antes o después de la aportación al procedimiento de su declaración testifical escrita; especialmente, si considera que tal declaración es irrelevante, superflua, demasiado gravosa, reiterativa o, por cualquier otro motivo, innecesaria para la resolución de la controversia; 5.5º: El tribunal arbitral, si así lo estima pertinente, podrá invitar a una parte a aportar la declaración testifical escrita de un determinado testigo antes de la audiencia».

Consecuentemente, y a la vista de lo antes expuesto, la conclusión se nos antoja muy clara: el árbitro PUEDE, en todo momento, y si lo considera apropiado, proponer prueba de oficio, gozando, sin duda alguna, de una potestad mucho más amplia de la que dispone cualquier juez español y/o de otros tantos países de cultura similar a la nuestra (17) .

Es más: nos atreveríamos a decir incluso que no solo puede, sino que DEBE ejercitar dicha facultad siempre que lo crea conveniente para la justa resolución del caso, al entrar dentro del espectro de sus obligaciones como árbitro, como así nos lo recuerdan también las Reglas de la IBA o el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje (18) .

No obstante, ¿cómo se conjuga dicho deber con el obligado respeto que ha de tener el árbitro, en todo momento, hacia las normas procedimentales pactadas por las partes en un determinado arbitraje? ¿Qué acontece si, por ejemplo, las partes han pactado en el acta de misión que no podrá proponerse ningún testigo o perito el día de la vista sin la aportación de la correspondiente declaración y/o dictamen escrito, y el árbitro siente la necesidad de convocar a un determinado testigo o perito a esta última sin que haya aportado previamente, por tanto, su declaración y/o dictamen escrito en los términos pactados entre ambas partes, al comparecer ulteriormente a iniciativa del árbitro? ¿Qué acontece con aquella prueba documental requerida tras la celebración de la correspondiente audiencia (y que se aporta, por tanto, tardíamente), una vez precluido el trámite de aportación junto con los respectivos escritos de alegaciones, como habitualmente suelen pactar las partes o prevén numerosos reglamentos de cortes arbitrales?

No se olvide, en sentido que, como hemos visto anteriormente, la inmensa mayoría de leyes arbitrales supeditan los poderes de dirección del árbitro (y, en entre ellos, la solicitud de prueba de oficio) a «*la falta de acuerdo entre ambas partes*», al revestir dicho acuerdo soberano de voluntades un carácter esencial y prioritario en el proceso arbitral.

De hecho, tanto es así que, como es sabido también, la falta de respeto, por parte del tribunal arbitral, hacia la voluntad de las partes a la hora de pactar el desarrollo del proceso arbitral, se sanciona en nuestro ordenamiento jurídico (como en tantos otros) con el máximo castigo que puede

infligirse a un laudo, cual es la acción de anulación (art. 41.1º.d LA) (19) .

¿Cómo ha de conjugarse, por ello, dicho acuerdo soberano y prioritario de voluntades, con esa facultad — *rectius*, DEBER del árbitro — de proponer, si lo estima necesario, la correspondiente prueba de oficio?

En nuestra opinión, la respuesta a este importantísimo interrogante pasa, ineludiblemente, por aplicar rigurosamente el principio de jerarquía normativa o, dicho sea de otro modo, por no perder de vista qué preceptos o principios han de aplicarse, con carácter preferente, en un supuesto como el que ahora nos ocupa.

En efecto, y aunque sea de sobras conocido que el contrato es, ante todo, ley *inter partes* (en España como en cualquier otro ordenamiento jurídico), no puede perderse de vista que, cuando se trata de aplicar principios generales del derecho contenidos en normas de rango constitucional o en tratados internacionales, estos tendrán que pasar, forzosamente, por encima de las normas procedimentales que hayan podido pactar las partes las cuales, dicho sea de paso, tampoco podrán contravenir estos últimos.

Por consiguiente, si el Derecho a la prueba, inherente al principio de tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente, exige del árbitro una particular cautela a la hora de salvaguardarlo (en los términos que hemos visto en el anterior apartado de este estudio, y que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional u ordinaria de la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos avanzados), a sus premisas habrá de estarse, en primer lugar, de cara a resolver cualquier conflicto que pueda surgir en la práctica entre respetar estas últimas, o los pactos que hayan podido alcanzar las partes en el seno del procedimiento arbitral.

Respondiendo así las preguntas que formulábamos anteriormente: ¿qué tendrá que hacer el árbitro si, por ejemplo, las partes han pactado en el acta de misión que no podrá proponerse ningún testigo o perito el día de la vista sin la aportación de la correspondiente declaración y/o dictamen escrito, pero siente, en cambio, la necesidad de convocar un determinado testigo o perito quien, al comparecer ulteriormente a iniciativa del árbitro, no habrá aportado previamente, por tanto, su declaración y/o dictamen escrito en los términos pactados entre ambas partes? ¿O qué tendrá que hacer con aquella prueba documental requerida tras la celebración de la correspondiente audiencia (aportada, por tanto, tardíamente), una vez precluido el trámite de aportación documental junto con los respectivos escritos de alegaciones, si las partes así lo han pactado en el acta de misión?

En nuestra opinión, la respuesta es muy clara, como intuirá el lector a estas alturas: debe priorizarse, en todo momento, la aplicación del derecho a la prueba (y, por ende también, a la tutela judicial efectiva) en los términos antes expuestos los cuales, como también decíamos hace unos instantes, se han encargado de desarrollar tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros tribunales. Y ello por cuanto el proceso arbitral, como proceso jurisdiccional que es y al cual le son de aplicación, por tanto, los mismos principios que al proceso judicial, debe velar, en todo momento, por una recta aplicación del principio de tutela judicial efectiva.

Dicho esto, una aplicación por el árbitro de la regla antes expuesta en el supuesto de que este entienda que debe proponer prueba de oficio, no tiene por qué contravenir, necesariamente, lo pactado entre las partes. Así, si las partes han pactado la aportación de una testifical escrita o *Witness Statment* junto a sus respectivos escritos de alegaciones (20), perfectamente podrá respetar el árbitro dicho pacto si desea llamar a un testigo a declarar, acordando su aportación con carácter previo a su declaración, aun a costa de posponer la audiencia si el calendario procesal lo exige (21).

Es más: respetar el procedimiento pactado entre las partes también resulta necesario en la medida en que, como hemos visto anteriormente, no hacerlo constituye un motivo de anulación del laudo (art. 41.1º.d LA).

IV. CONCLUSIÓN

Recapitulando lo expuesto en las páginas precedentes, entendemos que el derecho a la prueba, como derecho que entra de lleno en la órbita del principio de tutela judicial efectiva, consagrado en numerosos convenios internacionales y constituciones de la inmensa mayoría de ordenamientos jurídicos mundiales, justifica plenamente que el árbitro pueda proponer prueba de oficio cuando así lo estime conveniente, aunque las partes hayan regulado pormenorizadamente el desarrollo del procedimiento arbitral de principio a fin.

Y es que tanto este derecho como, en general, el propio espíritu del arbitraje (donde los árbitros gozan de unas potestades de dirección procedimental que van mucho más allá de las que habitualmente gozan nuestros tribunales de justicia ordinarios) justifican, en nuestra opinión, esta interpretación amplia que, por lo demás, casa también con el principio de jerarquía normativa, en la medida en que un contrato *inter partes* nunca puede imponerse a principios o normas consagrados en tratados internacionales o en textos constitucionales (22).

Ahora bien: esta iniciativa probatoria de oficio debe utilizarse con prudencia y cautela, habida cuenta de que, como lo han subrayado los mejores tratadistas, no puede ir destinada a suplir las carencias de las partes en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa, sino única y exclusivamente a permitir que el árbitro se halle lo suficientemente ilustrado a la hora de dictar el correspondiente laudo con todas las garantías, sin dejar «en el tintero» o sin prueba (en este caso), ningún extremo decisivo para su resolución en aras de esclarecer la verdad de lo acontecido (23).

De ahí que creamos también, siguiendo a Picó Junoy (24) o a Abel Lluch, que los límites a esta facultad del árbitro son dos, por analogía con lo que puede hacer el juez civil: (i) no podrá introducir hechos distintos de los alegados por las partes, en aras de respetar el principio dispositivo; (ii) y, obviamente tampoco, no podrá utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones.

O, dicho sea de otro modo, siguiendo a Taruffo (25), el juez o el árbitro «no podrá convertirse en un policía o en un fiscal que vaya buscando en todas partes pruebas sobre los hechos del caso», pues ni tiene facultades para introducir hechos principales y no alegados, ni está autorizado para llevar a cabo investigaciones privadas en torno a posibles pruebas.

Consecuentemente, ejercitada con la debida prudencia, y de la forma antes expuesta, esta facultad, también creemos que el árbitro deberá intentar respetar, en la medida de lo posible, el procedimiento arbitral pactado entre las partes, adaptándolo de la mejor manera posible a su decisión, rehaciendo el calendario arbitral si fuera menester y prolongando, si cabe, el plazo para dictar el laudo, como así lo prevén la inmensa mayoría de legislaciones y reglamentos de cortes arbitrales del Mundo.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Barcelona, Bosch, 2012

CASTILLO FREYRE, M., «La prueba en el arbitraje», *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol 16, n.º 21, 2018

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

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol I., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976.

JIMÉNEZ-BLANCO, G., «La prueba de testigos en el arbitraje», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2016, pp. 463-487.

PICÓ JUNOY, J., *El Derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

PICÓ JUNOY, J., *El Derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969.

TABOADA, J.C. y MAYOR MAYOR, R., «La prueba de oficio en el arbitraje», *Derecho y Sociedad*, n.º 50, 2018, pp. 249-257.

(1)

Juan Pablo Correa es, asimismo, *Maître de Conférences Associé* de la Universidad Toulouse 1 Capitole; Miembro del *Institut de Droit Privé* de dicha universidad; Profesor invitado de la Universidad Paris-Dauphine y Secretario General del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra (TAPA).

Ver Texto

(2) Para Gómez Orbaneja, en cambio, la prueba es una actividad procesal encaminada a producir en el juez la verdad o falsedad de una alegación de hecho (E. Gómez Orbaneja y V. Herce Quemada, *Derecho*

procesal civil, vol I., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1976, pp. 286-287). Muñoz Sabaté ha destacado, por su parte, que el concepto de prueba trasciende del proceso. Existe antes un camino, que se denomina desgrana, que se define como la disciplina o método tendente a la averiguación pre procesal de los hechos en vista a su ulterior afirmación en autos y consiguiente fijación a través de la prueba. Dentro de la heurística, enuclea además una parte importante dedicada exclusivamente a la búsqueda y al estudio de los indicios que denomina semiótica. El Prof. Serra, finalmente, entiende que la prueba consiste en una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a formar la convicción del juzgador. Divide, en consecuencia, la prueba en dos grandes períodos: uno de conversión y otro de comparación: (i) en el período de conversión, distingue dos fases sucesivas: inicialmente, se traducen los hechos de la realidad en afirmaciones mediante los llamados medios de prueba (fase de traslación); posteriormente, se depuran los resultados obtenidos mediante el empleo de máximas de experiencia, con los cuales se extraen a veces nuevas afirmaciones (fase de fijación); (ii) en el período de comparación se confrontan las afirmaciones iniciales de las partes y las producidas en el período anterior para formar el supuesto de hecho de la sentencia (M. Serra Domínguez, «Contribución al estudio de la prueba», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 359 y ss.).

[Ver Texto](#)

- (3) J. Picó Junoy, *El Derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, pp. 529-530.

[Ver Texto](#)

- (4) *ibíd.*

[Ver Texto](#)

- (5) También citada por J. Picó Junoy, *ibíd.*, p. 532.

[Ver Texto](#)

- (6) Sobre este particular, y aplicando la doctrina del Alto Tribunal antes mencionada, véase la STSJ de la Comunidad de Madrid n.º 77/2016, de 20 de diciembre de 2016, Rec. 69/2016, donde afirma dicho tribunal lo siguiente: «Este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2º CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2). Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y de que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3). En cuanto a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que cuando la

prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2º CE) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio (por todas, STC 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2). Por último, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).»

[Ver Texto](#)

(7)

SSTC 210/1996, del 17 de diciembre (FJ 3º) o 38/1996, del 11 de marzo (FJ 2º), entre otras. De forma muy parecida *vid.* X. Abel Lluch, *Derecho probatorio*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 39 a 42.

[Ver Texto](#)

(8) *Ibid.*, p. 40.

[Ver Texto](#)

(9) De forma idéntica, y en sede arbitral, *vid.* STSJ Comunidad de Madrid n.º 41/2017, de 6 de junio de 2017, Rec. 90/2016, cuando afirma lo siguiente: «Por otro lado, conforme a reiterada jurisprudencia 'No toda denegación de prueba implica vulneración del art. 24, apartado 2, de la Constitución Española, sino que se requiere que resulte injustificada e influya en el resultado del proceso. Expusimos, entre otras, en la sentencia 400/2012, de 12 de junio, que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los propios intereses, protegido por el art. 24, ap. 2 CE, deriva, según la doctrina constitucional, de que su reconocimiento cumpla la función de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria de acuerdo con lo que reclamen sus intereses. Sin embargo, como se ha dicho, la sanción reclamada por la recurrente por la violación del derecho de que se trata está sujeta a la concurrencia de ciertas condiciones. En primer término, la de pertinencia, ya que el art. 24 no ampara un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada, sino que atribuye sólo el de exigir la admisión y práctica de las pruebas que sean pertinentes, entendiendo por tales las que tengan una relación con el tema o supuesto que deba decidirse; en segundo término, la de legalidad, ya que, al tratarse de un derecho de configuración legal, su efectivo ejercicio ha de ajustarse al marco legal establecido por el ordenamiento jurídico; y, finalmente, la de relevancia, que impone se acredite por la parte recurrente — a quien corresponde la carga procesal de hacerlo — la realidad de una indefensión constitucionalmente relevante, lo que implica la demostración de que la actividad probatoria no admitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, pues hubiera podido tener una influencia determinante en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STS 25/2014 de 11 de febrero)».

⁽¹⁰⁾ Un buen resumen de los principios antes expuestos, debidamente aplicados por nuestros tribunales a la materia que ahora nos ocupa, puede verse en la STSJ Comunidad de Madrid n.º. 39/2015, 28 de abril de 2015, Rec. 77/2014, cuando literalmente afirma lo siguiente: »En primer término, debemos decir que la Exposición de Motivos de la LA 11/2011 establece que 'La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros —siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad— y por la máxima flexibilidad.' Principio de igualdad, junto a los de audiencia y contradicción que también establece el art. 24 LA, no siendo de aplicación directa la LEC, solo de manera supletoria, sin que ello implique lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la Ley de Arbitraje, efectivamente, configura el procedimiento arbitral con «gran flexibilidad» y de ello hace gala cuando regula, cómo debe desarrollarse el mismo, al permitir por ejemplo, en el art. 29.2º, modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, salvo: acuerdo en contrario de las partes; o que «los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho». No admite duda la voluntad del legislador de alejarse de la regulación que la LEC en cuanto a los escritos de demanda y contestación y reconvencción en el ámbito jurisdiccional civil, y también en el ámbito de la prueba, aunque con respeto de los principios establecidos como esenciales en la propia Ley de Arbitraje (art. 24), igualdad, audiencia y contradicción, y de defensa. Lo anterior, debe ser puesto en relación con la Jurisprudencia constitucional sobre la práctica de la prueba, que en resumen es la siguiente: a. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales. b. Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y la pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el art. 117 CE. c. Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de

resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. (resumen STC 31-1-2008)».

[Ver Texto](#)

(11) Art. 1467 NCPC: *«Le tribunal arbitral procède aux actes d’instruction nécessaires à moins que les parties ne l’autorisent à commettre l’un de ses membres. Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu’il détermine et au besoin à peine d’astreinte».*

[Ver Texto](#)

(12) Art. 14: *«Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui fournir des explications de fait et à lui présenter, par tout moyen légalement admissible, les preuves qu’il estime nécessaires à la solution du différend».*

[Ver Texto](#)

(13) Art. 43 del Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje: «1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. 2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso».

[Ver Texto](#)

(14) Art. 40.2º de la Ley 47/2014: «A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a las disposiciones imperativas de esta Ley, establecer las normas y dirigir el procedimiento de arbitraje del modo que considere apropiado sin sujeción a la normativa establecida para la jurisdicción ordinaria. Esta facultad del tribunal arbitral comprende, entre otros, la de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración».

[Ver Texto](#)

(15) Art. 30.3º de la Ley 1563 de 12 de julio 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

[Ver Texto](#)

(16) Art. 27.3º: «En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas».

[Ver Texto](#)

(17) En palabras de J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 275, esta obligación podría venir motivada por el hecho de

que «en el arbitraje no prima la verdad probatoria formal, sino que la búsqueda se centra fundamentalmente en torno a la verdad real». De ahí que, como subrayan acto seguido dichos autores, los árbitros posean una amplísima autoridad en materia probatoria y deban contar con la libertad suficiente para escoger aquellas pruebas que resulten piezas necesarias y capitales para el análisis y estudio del asunto o exigir cualesquiera otras.

[Ver Texto](#)

(18) En contra *vid.* F. de Luis y N. Albuquerque, *La Prueba en el procedimiento arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 166-167, quienes defienden una postura más restrictiva: «Lo que resulta evidente es que el árbitro tiene la potestad, conferida por las partes, de admitir la prueba que estime pertinente y útil para resolver el litigio. Esto implica que, en primer lugar, el árbitro debe ceñirse a la prueba solicitada por las partes. De forma que el árbitro, en principio, únicamente podrá solicitar de oficio la práctica de una prueba en caso de que el resultado de las pruebas propuestas por las partes no sea conducente y sea indispensable practicar nuevas pruebas que permitan al árbitro adquirir certeza sobre los hechos controvertidos y poder resolver adecuadamente la disputa. La flexibilidad que se predica del procedimiento arbitral coadyuva a que el árbitro no quede encorsetado en las pruebas propuestas por las partes».

[Ver Texto](#)

(19) Por todas, puede citarse, en este sentido, la STSJ País Vasco 4/2015, de 18 de junio de 2015, Rec. 2/20150, cuando afirma literalmente lo siguiente: «New Yorker considera que se le ha producido indefensión derivada de la inadmisión por parte del árbitro de una prueba pericial ampliatoria que había sido acordada dentro del proceso y con posterioridad a la demanda. En concreto, el árbitro accedió a la práctica siempre que el correspondiente informe de los peritos se aportase con una antelación mínima de siete días a la celebración de la vista; pues bien, aportada esta prueba con sólo seis días de antelación —debido a su complejidad, en palabras de la actora— el árbitro la inadmitió por extemporánea, sin considerar otras opciones como retrasar la vista, a pesar de que, en palabras de la actora, las partes no habían alegado su presentación extemporánea; esta actuación del árbitro supondría la indefensión de New Yorker. III.2 Eroski se opone alegando que el arbitraje se regía por las reglas de la Cámara de Comercio de Bilbao, y de acuerdo con las mismas, en la reunión previa a la vista se acordó por el árbitro —pese a la oposición de las demandadas— la admisión de la prueba «más pericial», que debía presentarse con una antelación mínima de siete días a la celebración de la vista; incumplido el plazo, el hecho fue denunciado en su momento. Para esta demandada la admisión de la prueba fuera de plazo hubiese supuesto la nulidad del laudo en virtud del art. 41.1º.d) LA al suponer el incumplimiento del procedimiento pactado entre las partes, por lo que en ningún caso puede considerarse que la actuación del árbitro al denegar la admisión de la prueba por su extemporaneidad. Por su parte, Westinwest se opone por idénticos motivos, incidiendo además en que visto el motivo por el que se ha desestimado la demanda —la falta de legitimación derivada de la renuncia de derechos contenida en el contrato— es irrelevante el valor de los eventuales daños sufridos por la actora. III.3 Al igual que en el caso anterior, el presente motivo debe ser desestimado, pues difícilmente puede producirse indefensión para una parte del estricto cumplimiento por parte del árbitro del procedimiento arbitral acordado. Como reconoce la parte actora, el informe pericial se presentó fuera del plazo acordado por el árbitro, y éste, en consecuencia, lo inadmitió por haberse incumplido por New Yorker los plazos procedimentales establecidos; y es que, como bien dicen las demandadas, una decisión en otro sentido podría haber sido causa de impugnación del laudo al amparo del epígrafe d) del art. 41.1º LA».

[Ver Texto](#)

(20) Conocida es, en este sentido, la práctica arbitral internacional que exige la aportación de estas declaraciones escritas junto a los escritos de alegaciones. Por contraposición a la misma, otros tantos ordenamientos jurídicos nacionales, como el español, no exigen este requisito ante la jurisdicción ordinaria, siendo interrogados los testigos el día de la vista sorpresivamente o, cuanto menos, sin que la contraparte sepa, a ciencia cierta, lo que le van a preguntar. Aunque dicha técnica presenta indudables ventajas (pues permite conocer *ex ante* lo que dirá el testigo el día de la vista), no está exenta de críticas (a las que nos sumamos), como las vertidas, por ejemplo, por G. Jiménez-Blanco, «La prueba de testigos en el arbitraje», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2016, pp. 463-487, cuando acertadamente afirma que «sobre todo en el arbitraje doméstico, los testigos se limitan a comparecer en la audiencia de pruebas, sin declaraciones escritas previas, y se someten a los interrogatorios de las partes, empezando por la que le ha propuesto. Como no ha habido declaración escrita previa, el interrogatorio suele ser amplio. b) Declaraciones escritas o *'written statement'*: una de las expresiones que se ha generalizado en el mundo del arbitraje es la de *written statements* de testigos es decir las declaraciones escritas de los testigos que normalmente han de acompañasen a los escritos de demanda y contestación en el arbitraje. Así como en la práctica procesal española, los testigos son sólo examinados oralmente en el acto del juicio o en el arbitraje en el acto de la audiencia, con preguntas formuladas de forma sorpresiva para ellos y sin previa declaración escrita por su parte, en el arbitraje actual —sobre todo internacional—, fundamentalmente para ahorrar tiempo, se acude mucho a esta figura de la declaración escrita o *written statement*. En esa declaración escrita, el testigo se identifica inicialmente, expone su cargo si procede y su relación con los hechos y da su visión sobre esos hechos, Lo normal es que la declaración incluida en el *written statements* sea puramente fáctica y objetiva de modo que no incluya opiniones ni tampoco comentarios. Normalmente esa declaración es preparada por el testigo en coordinación con el abogado de la parte que lo propone, que cuidadosamente incluirá aquello que le favorece, evitará las contradicciones y en general cualquier cosa que pueda perjudicarle. Una vez presentada junto a la demanda y a la contestación, el testigo se ha de someter a los correspondientes interrogatorios, primero de la parte que le ha propuesto (*direct examination*) y luego de la parte contraria (*cross examination*). Normalmente se concede poco tiempo al interrogatorio directo, que no se extiende más que a ratificar la declaración escrita y a lo sumo a aclarar algún extremo concreto. Pero aparte de más cosas, donde el testigo se juega su credibilidad es en el *cross examination* o interrogatorio contrario. Y tiene oportunidad el verdadero abogado para revelarse con un excelente interrogador y en consecuencia sacarle al testigo las contradicciones en que pueda haber incurrido y de esa forma tratar de minar su credibilidad ante el tribunal. Las declaraciones escritas y en general los interrogatorios son una parte importante del procedimiento de arbitraje y hay que prestarles la necesaria atención para evitarnos sorpresas indeseadas y porque muchas veces es ahí donde se gana y se pierde un arbitraje». Citando a Sanders, recoge asimismo dicho autor la opinión de este último, quien también entiende que «las declaraciones escritas pueden aliviar la audiencia pero, elaboradas con la parte o sus representantes legales, el testigo puede ser influenciado en formular su declaración que debe ser firmada por él como verdadera. En mi opinión estas declaraciones escritas, precediendo a la audiencia de testigos en persona, no están en consonancia con las expectativas de muchas partes en el arbitraje internacional». Otros autores han mencionado las ventajas de las declaraciones escritas. Hwang por ejemplo ha identificado las siguientes ventajas: ahorrarán considerable tiempo (usualmente el más caro componente del arbitraje); previene a la otra parte a ser cogida por sorpresa en la audiencia; permite al abogado contrario preparar la *Cross examination* más eficientemente ahorrando por tanto también tiempo; ahora también la necesidad de argumentos

estériles sobre si algunas preguntas eran o no guiadas; ayuda a definir los temas de discusión en la audiencia más claramente, permitiendo a las partes y al tribunal un interrogatorio más orientado a las cuestiones importantes».

[Ver Texto](#)

(21) Como hemos visto anteriormente y tiene dicho la jurisprudencia, el carácter esencialísimo del derecho a la prueba motiva que una vista deba obligatoriamente posponerse si el escrupuloso respeto a este último así lo exige. De ahí, a buen seguro, que la inmensa mayoría de reglamentos de instituciones arbitrales permitan al árbitro modificar el calendario procedimental si las circunstancias concurrentes del caso así lo exigen.

[Ver Texto](#)

(22) En contra, *vid.* el estudio de J.C. Taboada y R. Mayor Mayor, «La prueba de oficio en el arbitraje», *Derecho y Sociedad*, n.º 50, 2018, pp. 249-257, para quienes debe ser abolida la prueba de oficio en el arbitraje al no concurrir en esta institución el fin de socialización del proceso, presente en el proceso judicial, y ajeno al arbitraje, respecto al cual se parte de la premisa de que los acuerdos se realizan entre personas que se encuentran en igual situación material, debido a que las materias sobre las cuales versan los procesos arbitrales son disponibles. Por esta razón entienden dichos autores que «no existe un fundamento sólido para aceptar un poder instructivo probatorio amplio que admita las pruebas de oficio».

[Ver Texto](#)

(23) Como acertadamente afirma Castillo Freyre, «La prueba en el arbitraje, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 16, n.º 21, 2018, p. 409. «Basado en la idea de que los tribunales tienen plenas facultades para ordenar la actuación de cualquier prueba de oficio, también debe partirse del principio de que este tipo de pruebas de oficio debe tener como único fundamento el interés del tribunal por esclarecer la verdad, y ellas de ninguna manera deben ayudar a alguna de las partes a complementar medios probatorios que no aportaron oportunamente al proceso. Es evidente que la línea divisoria entre una situación y la otra resulta muy tenue, razón por la cual los tribunales arbitrales deberían tener sumo cuidado al ordenar la actuación de medios probatorios de oficio, de modo que cuando lo hagan, la intervención del tribunal sea apreciada por las partes como la lícita y lógica intervención en pro del conocimiento de la verdad».

[Ver Texto](#)

(24) J. Picó Junoy, *El Derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 267-271; X. Abel Lluch, *Derecho probatorio*, *op. cit.*, p. 164.

[Ver Texto](#)

(25) También citado por X. Abel Lluch, *ibíd.*

[Ver Texto](#)

Los tribunales internacionales de inversiones en la Unión Europea y la selección de sus miembros

International investment tribunals in the European Union and the selection of their members

Los acuerdos de protección de inversiones desempeñan un papel fundamental en la promoción de éstas en el marco de la Unión Europea y, entre otras cuestiones, incorporan disposiciones relativas a la resolución de conflictos en dicha materia. En la actualidad, la Unión se encuentra inmersa en un proceso de renovación del modelo de solución de controversias en materia de inversión, dejando atrás el tradicional sistema de creación de los tribunales arbitrales *ad hoc*, y apostando por la creación de tribunales de inversiones permanentes, tal y como ha ocurrido en los últimos acuerdos comerciales de nueva generación de los que forma parte. Esta nueva política de la UE, tendente a lograr mayores salvaguardas en el proceso de resolución de los conflictos de inversión, se ha puesto de manifiesto recientemente, con la creación de un Comité para ayudar a la Comisión en la selección de los miembros de los tribunales internacionales de inversiones. Este trabajo tiene como objetivo analizar las funciones atribuidas al Comité, su composición, el nombramiento de sus miembros, y su procedimiento de trabajo.

Arbitraje de inversiones, Tribunales internacionales de inversiones, Acuerdos de protección de inversiones, Acuerdos comerciales de nueva generación.

Investment protection agreements play a fundamental role in promoting investments within the framework of the European Union and, among other issues, incorporate provisions relating to the resolution of conflicts in this matter. Currently, the Union is immersed in a process of renewal of the investment dispute resolution model, leaving behind the traditional system of creation of *ad hoc* arbitral tribunals, and betting on the creation of permanent investment tribunals, just as it has happened in the last new generation commercial agreements of which it is a part. This new EU policy, aimed at achieving greater safeguards in the investment dispute resolution process, has recently become apparent, with the creation of a panel to assist the Commission in the selection of members of the tribunals international investment. This work aims to analyze the functions attributed to the panel, its composition, the appointment of its members, and its working procedure.

Investment arbitration, International investment tribunals, Investment protection agreements, New generation trade agreements.



M.ª Carmen Chéliz Inglés

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) es el mayor exportador e importador mundial de inversión extranjera directa, por lo que fomentar las inversiones y retenerlas es uno de los objetivos previstos dentro de su política comercial. En la consecución de dicho propósito desempeñan un papel fundamental los acuerdos de protección de inversiones y los mecanismos previstos para resolver los conflictos que se puedan suscitar entre los inversores y los Estados.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 (que supuso la introducción en la política comercial común de la cuestión de la inversión extranjera directa), la UE ha negociado con terceros países tratados bilaterales o multilaterales sobre protección y liberalización de las inversiones. Estos tratados son importantes instrumentos para la apertura de los mercados y para generar las condiciones propicias para el comercio y la inversión. Además, entre otras cuestiones, también suelen incluir disposiciones relativas a la resolución de conflictos en materia de inversión, permitiendo que los inversores, ante un incumplimiento de los acuerdos por parte de los Estados, presenten reclamaciones contra ellos ante tribunales independientes.

Tradicionalmente, los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APRI) incluían cláusulas de sumisión a arbitraje, de tal manera que, ante un conflicto entre un inversor y un Estado, se creaba un tribunal de arbitraje *ad hoc*, específico para cada caso. Normalmente, este tribunal estaba compuesto de tres miembros: uno, elegido por el país demandado; otro, por el inversor demandante, y una tercera persona, elegida por ambos. No obstante, este sistema ha sido criticado en numerosas ocasiones alegando una falta de transparencia e independencia de los árbitros (1).

Para tratar de superar estas deficiencias del sistema de creación de los tribunales arbitrales *ad hoc*, y garantizar los más altos estándares de legitimidad, transparencia y neutralidad, la UE ha estado promoviendo desde 2015 un enfoque reformado (2) para la solución de controversias en materia de inversión, tanto en sus acuerdos bilaterales como multilaterales. Este nuevo enfoque, se hace patente en los últimos acuerdos comerciales de nueva generación (3) negociados por la UE, donde se ha introducido una importante novedad en cuanto a la resolución de litigios de inversión. A modo de ejemplo, el acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) con Canadá, así como los acuerdos de libre comercio con Vietnam, Singapur y México establecen un novedoso sistema de tribunales de inversiones, mediante el establecimiento de tribunales de inversiones permanentes. De esta manera, se trata de proporcionar mayores garantías en el proceso, para lo que se elabora asimismo un mecanismo centralizado de apelaciones y disposiciones de transparencia.

Esta nueva política de la UE, tendente a lograr mayores salvaguardas en el proceso de resolución de los conflictos de inversión (4), se ha puesto de nuevo de manifiesto recientemente, con la creación de un Comité para ayudar a la Comisión en la selección de los miembros de los tribunales internacionales de inversiones.

La selección de los miembros que compondrán los tribunales internacionales de inversiones,

deviene un aspecto crucial para el correcto funcionamiento del sistema y, en definitiva, para una adecuada resolución de los conflictos en materia de inversión en la UE. Esta relevante tarea se ha asignado a un Comité, creado el pasado 16 de diciembre de 2020 mediante Decisión adoptada por la Comisión (5), cuyos miembros han sido nombrados recientemente, el 23 de septiembre de 2021 (6).

II. EL COMITÉ PARA AYUDAR A LA COMISIÓN EN LA SELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE INVERSIONES

La creación del Comité para ayudar a la Comisión en la selección de los miembros de los tribunales internacionales de inversiones tiene como principal objetivo garantizar un proceso riguroso de selección de candidatos para ser nombrados miembros de los tribunales internacionales de inversión establecidos en virtud de tratados bilaterales o multilaterales con terceros países en los que la Unión es parte (7). Asimismo, busca garantizar la independencia e imparcialidad, y el más alto grado de competencia de los miembros seleccionados, tratando de superar de esta manera las críticas vertidas al tradicional sistema de arbitraje de inversiones.

A continuación, se van a analizar las funciones atribuidas al Comité, su composición, el nombramiento de sus miembros, y el procedimiento de trabajo.

1. Funciones atribuidas al Comité

La principal función del Comité es ayudar a la Comisión en la selección de candidatos adecuados para desempeñar las funciones de los miembros de tribunales internacionales de inversión, establecidos en virtud de tratados bilaterales o multilaterales con terceros Estados en los que la Unión es parte (8).

En aras a cumplir tal labor, el Comité debe valorar la idoneidad de los distintos candidatos, atendiendo a sus méritos y a los requisitos de cualificación previstos en los tratados pertinentes. Al evaluar si los candidatos cumplen los criterios establecidos en los tratados en cuestión, el Comité tendrá en cuenta todos los elementos relevantes oportunos, tales como su experiencia jurídica; experiencia profesional; capacidad para cumplir las labores asignadas; garantías de independencia e imparcialidad; aptitud para trabajar en un entorno internacional; o habilidades lingüísticas relevantes.

Tras este proceso de evaluación, debe elaborar un listado con los candidatos propuestos. Es necesario hacer hincapié en que el Comité ha de velar siempre por la independencia e imparcialidad de los candidatos, así como por lograr el más alto grado de competencia (9). Además, con respecto a los candidatos de la Unión, también debe asegurarse de que se refleja la riqueza de la tradición jurídica europea, sobre todo, a largo plazo (10). Finalmente, el Comité también ha de garantizar que se produce un equilibrio de género, tanto en la fase de designación de candidatos para la selección, como durante el proceso de toma de decisiones que conduzca a la adopción de una decisión de conformidad con el art. 218.9º TFUE para nombrar a los miembros de los tribunales de inversión de conformidad con un acuerdo específico.

A partir del listado de candidatos proporcionado por el Comité, la Comisión propondrá cuáles de ellos serán nombrados miembros de los tribunales internacionales de inversión, mediante una decisión del Consejo, de conformidad con el art. 218.9º TFUE.

Partiendo de este contexto, las principales funciones de la Comisión, concretadas en el art. 2.2º de la Decisión C (2020) 8905 final, son las siguientes:

- Revisar y examinar las candidaturas mediante la selección de las solicitudes de cada candidato, teniendo en cuenta la información pública y objetiva que concierne a cada uno de ellos, así como cualquier otra información o material que el Comité considere oportuno para sus deliberaciones.
- Realizar entrevistas (a puerta cerrada) con los candidatos para complementar el examen de las candidaturas descrito en el punto anterior.
- Evaluar el perfil y la idoneidad de los candidatos, incluyendo su independencia e imparcialidad y emitir un dictamen acerca de si cada candidato cumple con los criterios y requisitos de selección. Dichos dictámenes estarán disponibles bajo solicitud al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, como medida para garantizar la protección de la información confidencial y los datos personales.
- Establecer una lista de candidatos adecuados sobre la base de los exámenes y evaluaciones realizados de conformidad con los puntos anteriores (11) .
- Sobre la base del listado referido en el punto precedente, identificar a aquellos candidatos que sean aptos para ejercer como miembros de los tribunales de apelación, de los tribunales internacionales de inversión y de los tribunales establecidos en virtud de tratados bilaterales o multilaterales con terceros países en los que la UE es parte.
- Establecer las reglas del procedimiento para el proceso de selección, incluyendo criterios y requisitos de selección tanto formales como sustantivos para las candidaturas y para la realización de las entrevistas.
- Publicar informes de las actividades realizadas.

A estas funciones, que serían las ordinarias, hay que añadir que el Comité también puede ser convocado para revisar y examinar las solicitudes de los candidatos propuestos por otras partes en virtud de los tratados de inversión bilaterales o multilaterales con terceros países alcanzados por la Unión (12) .

De igual modo, el Comité también debe estar disponible, a solicitud de la Comisión, para realizar otras tareas relacionadas con la selección de candidatos para desempeñar las funciones de miembros de los tribunales internacionales de inversiones y, en su caso, ser consultado por la Comisión sobre cualquier cuestión o asunto relacionado con la selección de candidatos (13) . En este sentido, la Comisión podrá consultar al Comité cualquier cuestión o asunto relacionado con la selección de las personas que forman parte de la lista de candidatos seleccionados, o que puedan surgir en el marco del procedimiento de nombramiento de miembros de los tribunales

internacionales de inversión, de conformidad con los acuerdos comerciales y de inversión de los que la Unión es parte (14) .

2. Procedimiento de trabajo

El Comité actuará a solicitud de la Dirección General de Comercio (15) , quien le proporcionará el apoyo administrativo necesario para su correcto funcionamiento (16) . Sus reuniones se celebrarán, en principio, en los locales de la Comisión, a puerta cerrada (17) .

En cuanto a la toma de decisiones, el Comité ha de esforzarse por adoptar cualquier dictamen, recomendación o informe mediante consenso y, en caso de votación, el resultado de la votación será decidido por la mayoría de los miembros, ostentando la presidencia el voto de calidad (18) . En todo caso, las decisiones del Comité deben ser argumentadas y han de contener una exposición de los motivos en los que se basan.

Finalmente, hay que considerar que los miembros del Comité están sujetos a la obligación de secreto profesional según lo establecido en el art. 339 TFUE, así como a las normas de seguridad en materia de protección de información clasificada de la Unión, establecidas en las Decisiones de la Comisión (EU, Euratom) 2015/443 4 y 2015/444 5. En caso de no respetarse estas obligaciones, la Comisión podrá tomar todas las medidas que consideren oportunas (19) .

3. Composición

El Comité debe estar compuesto por cuatro miembros, de los cuales uno debe ser nombrado por el Parlamento Europeo, otro por el Consejo, un tercero por la Comisión y un cuarto por los Estados miembros (20) .

La composición del Comité debe reflejar de manera equilibrada, a largo plazo, las diferentes tradiciones jurídicas de la Unión, y se ha de garantizar asimismo el equilibrio de género, misión para la cual la Comisión espera la colaboración del Parlamento Europeo y el Consejo.

Los cuatro miembros han de ser personas de reconocido prestigio e independencia, elegidos entre antiguos jueces (incluidos, en su caso, jueces que han sido miembros de tribunales internacionales en tratados bilaterales o multilaterales con terceros países en los que la Unión es parte), miembros actuales o retirados de tribunales nacionales o internacionales, abogados o académicos de alto nivel.

Por otra parte, la composición del Comité debe reflejar de manera equilibrada, a largo plazo, las diferentes tradiciones jurídicas de la Unión, y se ha de garantizar asimismo el equilibrio de género, misión para la cual la Comisión espera la colaboración del Parlamento Europeo y el Consejo (21) .

4. Nombramiento de los miembros del Comité

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, los miembros del Comité son nombrados a título personal y actuarán de manera independiente y atendiendo al interés público (22) .

El cargo del miembro del Comité que ha de nombrar la Comisión se anuncia a través de una convocatoria abierta de candidaturas, publicada en la página web de la Dirección General de Comercio, y se elige sobre la base de las solicitudes recibidas (23) .

Las personas que soliciten ser nombradas miembros del Comité, así como las personas designadas o propuestas, respectivamente, por el Parlamento Europeo, el Consejo y los Estados miembros, deben comunicar cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses. En particular, han de presentar una declaración de intereses siguiendo un formulario publicado en la página web de la Dirección General de Comercio, junto con un *curriculum vitae* actualizado, como parte de su solicitud para convertirse en miembros del Comité. La evaluación del conflicto de intereses es realizada por trabajadores del departamento de la Dirección General de Comercio responsable de la gestión del Comité, o, si fuera apropiado, de otros departamentos de la Comisión (24) .

Finalizado este procedimiento, los miembros del Comité son nombrados por un período no renovable de seis años. Sin embargo, los mandatos de dos de los primeros cuatro miembros designados de conformidad con el art. 4.6º de la Decisión C (2020) 8905 final, que serán determinados mediante sorteo por la Comisión, serán designados por un período no renovable de nueve años. En principio, los miembros del Comité permanecerán en el cargo hasta el final de su mandato, y las vacantes se cubrirán a medida que surjan (25) .

Una vez nombrados los cuatro miembros, les corresponde a ellos designar, mediante consenso quién de ellos será el presidente del Comité. Si no pudieran alcanzar un acuerdo sobre el nombramiento de la presidencia, dicho puesto se elegiría por sorteo entre los miembros del Comité. En cualquier caso, el nombramiento del cargo de presidente tiene una vigencia de tres años (26) .

Tal y como se indica en el art. 9 de la Decisión C (2020) 8905 final, la composición del Comité se hace pública en el sitio web de la Dirección General de Comercio.

De conformidad con todo lo anterior, en enero de 2021, la Comisión publicó una convocatoria abierta de solicitudes para cubrir la candidatura de la Comisión al Comité. Mientras tanto, el Parlamento Europeo y el Consejo, junto con los Estados miembros, llevaron a cabo sus procedimientos para seleccionar los miembros del Comité que les correspondían.

El 17 de marzo de 2021, el presidente del Parlamento Europeo presentó a la presidenta de la Comisión dos nombres como candidatos del Parlamento al Comité, un hombre y una mujer, a fin de que la Comisión pudiera tener en cuenta el equilibrio de género de cara a su decisión de nombramiento (27) . Justo dos meses después, el 17 de mayo de 2021, la Comisión finalizó su proceso de selección (28) , y el 22 de julio de 2021, el Consejo informó a la Comisión de los nombres de los respectivos candidatos del Consejo y de los Estados miembros (29) .

Como resultado de dicho procedimiento, la Comisión adoptó la Decisión (UE) 2021/1711, en cuyo art.

1 nombra como miembros del Comité a las siguientes personas:

- 1) D. Bruno Simma;
- 2) D.ª. Inge Govaere;
- 3) D. Jan Klabbers;
- 4) D. Pavel Šturma.

De conformidad con el art. 4.6º de la Decisión C (2020) 8905 final, se determinó por sorteo que el mandato de D.ª. Inge Govaere y D. Pavel Šturma sea de un período no renovable de seis años a partir de la fecha de publicación de la citada Decisión; y el de D. Bruno Simma y D. Jan Klabbers lo sea de un período no renovable de nueve años a partir de la fecha de publicación de la Decisión.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Desde el año 2015, la UE está promoviendo un nuevo enfoque para la solución de controversias en materia de inversión, con la finalidad de lograr mayores salvaguardas en el proceso de resolución de estos conflictos. Esta nueva perspectiva se ha puesto de manifiesto de nuevo recientemente, con la creación de un Comité para ayudar a la Comisión en la selección de los miembros de los tribunales internacionales de inversiones.

La creación del Comité tiene como principal objetivo garantizar un proceso riguroso de selección de candidatos para ser nombrados miembros de los tribunales internacionales de inversión establecidos en virtud de tratados bilaterales o multilaterales con terceros países en los que la Unión es parte. Asimismo, persigue asegurar la independencia, imparcialidad, y el más alto grado de competencia de los miembros seleccionados, tratando de superar de esta manera las críticas vertidas al tradicional sistema de arbitraje de inversiones.

Desde este punto de vista, la creación del Comité merece una valoración positiva, en tanto que establece, de manera pionera, un procedimiento claro y preciso para la selección de candidatos para ser nombrados miembros de los tribunales internacionales de inversión. Asimismo, se establecen salvaguardas tendentes a garantizar la independencia e imparcialidad de los candidatos, así como que se refleja la riqueza de la tradición jurídica europea, y que se produce un equilibrio de género.

En cualquier caso, será el tiempo y el funcionamiento del Comité en la práctica el que ponga de manifiesto si se han logrado los objetivos perseguidos o, por el contrario, la transparencia en el procedimiento de nombramiento de los miembros de los tribunales internacionales de inversión, y la idoneidad de los mismos, continúan siendo dos cuestiones controvertidas en relación con el arbitraje de inversiones.

Finalmente, es de destacar que de los cuatro miembros del Comité nombrados el 23 de septiembre de 2021, únicamente uno de ellos es una mujer. Este hecho contrasta con la aparente importancia que parece prestar la Comisión al equilibrio de género, no solo respecto a los candidatos para ser

miembros de los tribunales internacionales de inversión (considerando 3 y art. 2.1º de la Decisión C (2020) 8905 final), sino también en relación con los miembros de Comité (considerando 6 y art. 4.2º de la Decisión C (2020) 8905 final).

BIBLIOGRAFÍA

CANTERO MARTÍNEZ, J., «Arbitraje internacional de inversiones y 'derecho a regular' de los Estados», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 58, 2016, pp. 13-45

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. y SALVADORI, M., «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020, pp. 203-218.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «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, marzo-2019.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, S., «Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia *Achmea* a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)», *Revista electrónica de Direito*, vol. 21, n.º 1, febrero 2020, pp. 15-16

SCHUMANN BARRAGÁN, G., «El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, octubre 2020, pp. 1446-1469.

.....

(1) Realiza un análisis en profundidad de las principales críticas vertidas al mecanismo de arbitraje de inversiones J. Cantero Martínez, «Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los estados», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 58, 2016, pp. 13-45, especialmente pp. 22-34. Muchas de estas críticas, han sido recogidas por la CNUDMI, que está trabajando en una reforma del sistema con vistas a mitigar los problemas planteados. Sobre ello véase E. Fernández Masiá, E./ M. Salvadori, «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020, pp. 203-218.

[Ver Texto](#)

(2) Presta especial atención a este nuevo enfoque, destacando sus mejoras, J. Cantero Martínez, «Arbitraje internacional de inversiones...», *loc. cit.*, pp. 13-45, especialmente pp. 38-44.

[Ver Texto](#)

(3) En la actualidad, la UE gestiona sus relaciones comerciales con terceros países a través de los denominados acuerdos comerciales de nueva generación, que tienen por objetivo promover el

comercio en el seno de la Unión y superar las barreras conexas. Estos acuerdos, además de la habitual reducción de derechos arancelarios, suelen incorporar otras materias como las relativas a la protección de derechos de propiedad industrial, contratación pública, competencia, medio ambiente, desarrollo sostenible y protección de inversiones. *Vid.* J.C. 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, marzo–2019; G. Schumann Barragán, «El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, octubre 2020, pp. 1446–1469. La lista completa de acuerdos alcanzados por la UE, y los que se encuentran en fase de negociación, se puede consultar en el siguiente enlace: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

Ver Texto

- (4) Con esta misma finalidad estratégica, la UE está tratando de poner en marcha un tribunal multilateral de inversiones para resolver litigios de inversión, que vendría a sustituir a los sistemas de tribunales implicados en los acuerdos de comercio e inversión de la UE. No obstante, en la actualidad, la creación de este organismo permanente todavía no ha culminado. Sobre esta cuestión véase B. Sáenz de Jubera Higuero, «Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia Achmea a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)», *Revista electrónica de Direito*, vol. 21, Nº 1, febrero 2020, pp. 15-16. El estado actual en que se encuentra este proyecto y las últimas novedades pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.

Ver Texto

- (5) Decisión C (2020) 8905 final, por la que se crea un Comité para ayudar a la Comisión en la selección de candidatos para el desempeño de las funciones de miembros de los tribunales internacionales de inversiones, así como de miembros de listas u otros órganos jurisdiccionales internacionales. Disponible en el siguiente enlace: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159207.pdf.

Ver Texto

- (6) Decisión (UE) 2021/1711 de la Comisión de 23 de septiembre de 2021 por la que se nombra a los miembros del Comité para ayudar a la Comisión en la selección de candidatos para el desempeño de las funciones de miembros de los tribunales internacionales de inversiones. Disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021D1711&from=ES>

Ver Texto

- (7) *Vid.* cdo. 1 de la Decisión C (2020) 8905 final.

Ver Texto

- (8) *Vid.* cdo. 2 de la Decisión C (2020) 8905 final.

Ver Texto

- (9) *Vid.* art. 2.1 de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(10) *Vid.* cdo . 3 y art. 2.1º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(11) Tal y como indica el art. 6.7º de la Decisión C (2020) 8905 final, esta lista de candidatos idóneos será publicada en el sitio web de la Dirección General de Comercio.

[Ver Texto](#)

(12) *Vid.* art. 2.3º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(13) *Vid.* cdo . 4 y el art. 2.4º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(14) *Vid.* art. 3 de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(15) *Vid.* art. 6.1º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(16) *Vid.* art . 6.3º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(17)
Vid. art. 6.2º y 6.4º. de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* art. 6.5º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(19) *Vid.* art . 8 de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(20) *Vid.* cdo. 5 y el art. 4.1º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(21) *Vid.* cdo. 6 y el art. 4.2º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(22) *Vid.* art. 4.3º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(23) *Vid.* art. 4.4º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(24) Este ahínco por evitar los conflictos de intereses se mantiene no solo en esta fase de selección, sino durante todo el mandato de los miembros del Comité. De esta manera, deberán hacer todos los esfuerzos posibles para conocer cualquier conflicto de intereses que pueda surgir a lo largo del desempeño de sus funciones, y revelarlo lo antes posible una vez que tengan conocimiento de ello. *Vid.* art. 4.5º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(25) *Vid.* art. 4.6º de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(26) *Vid.* art. 5 de la Decisión C (2020) 8905 final.

[Ver Texto](#)

(27) *Vid.* cdo. 5 de la Decisión (UE) 2021/1711 de la Comisión.

[Ver Texto](#)

(28) *Vid.* cdo. 6 de la Decisión (UE) 2021/1711 de la Comisión.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* cdo. 7 de la Decisión (UE) 2021/1711 de la Comisión.

[Ver Texto](#)



La mediación, el diálogo y la autocomposición como vías principales de gestión de los conflictos en la Universidad: líneas esenciales de la futura Ley de Convivencia Universitaria

Mediation, dialogue and self-composition as the main ways of conflict management at the University: essential lines of the future University Coexistence Law

El régimen disciplinario vigente en las universidades españolas es anacrónico y pre-constitucional. En este contexto, se plantea el Anteproyecto de Ley de Convivencia Universitaria que no solo va a remodelar el régimen disciplinario, sino que también va a apostar por la mediación como principal método de resolución de conflictos en las universidades. Este artículo pretende presentar y analizar el tratamiento que se le da a la mediación en el Proyecto de Ley.

Mediación, Anteproyecto de Ley de Convivencia Universitaria, Mediación en la Universidad, Dialogo, Gestión de conflictos

The current disciplinary regime in Spanish universities is anachronistic and pre-constitutional. In this context, the Preliminary Draft of the University Coexistence Law is proposed, which will not only reshape the disciplinary regime, but will also opt for mediation as the main method of conflict resolution in universities. The purpose of this article is to investigate the treatment given to mediation in the Draft of Law.

Mediation, Preliminary draft of the University Coexistence Law, Mediation at the University, Dialogue, Conflict management.



M.ª Teresa Duplá Marín

**Iris Requena***Becaria Conflict Management RG*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de septiembre el Consejo de Ministros aprobó remitir a las Cortes el Proyecto de Ley de Convivencia Universitaria (en adelante, el Proyecto). Es la primera vez que un gobierno actúa de una forma contundente para derogar el vigente Reglamento de disciplina académica de los Centros oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza técnica dependientes del Ministerio de Educación Nacional (1), que actualmente solo aplica en el caso de los estudiantes (2) y que contiene disposiciones de dudosa constitucionalidad (3). La nueva futura Ley pretende reformular el modelo de convivencia en el ámbito universitario, apostando por la mediación en el centro del sistema de convivencia y ofreciendo un sistema de protección y garantías adaptado a los valores y principios democráticos, así como a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), Agenda 2030 de la ONU, que promueve, en su objetivo n.º 16 las sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

La comunidad universitaria está formada por un gran número de personas: estudiantes, docentes, investigadores y personal administrativo. Todos ellos conviven diariamente en la Universidad y es normal que surjan desavenencias entre unos y otros, por lo que resulta absolutamente necesario y urgente adaptar el sistema de gestión de la convivencia y de los conflictos a la realidad actual. Dicho esto, son muchos los centros universitarios que ya se habían adaptado a las nuevas tendencias y avanzado a dicha reforma, introduciendo mecanismos alternativos de gestión de conflictos para una mejor y más eficiente convivencia. En cualquier caso, y en vistas a esta nueva realidad normativa, sin duda alguna la apuesta generalizada por la mediación supone una clara elección por la prioridad de la autocomposición y el diálogo y, en definitiva, un gran paso positivo por una clara modernización del antiguo sistema disciplinario.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

La proyectada Ley de Convivencia Universitaria se divide en tres títulos. El primero se compone de disposiciones generales. El segundo analiza los medios alternativos de solución de conflictos de

convivencia, donde la medida por excelencia como hemos anticipado es la mediación. Y, por último, el tercer título establece el régimen disciplinario.

Pese a que este artículo no pretende entrar en detalle sobre todo el contenido del mencionado Proyecto, no es ocioso conocer algunas de las propuestas más destacadas o, cuanto menos, mediáticas que se proponen en la proyectada Ley.

Así, por lo que respecta al nuevo régimen disciplinario se establece un sistema de faltas dividido en tres grados: muy graves, graves y leves. Si bien algunas de las definiciones de las faltas y sus consecuentes sanciones pueden dar lugar, si no se concretan algo más en el actual proceso legislativo, a decisiones arbitrarias pues contienen varios conceptos indeterminados (4), la mayoría de ellas son comprensibles y adaptadas a nuestros tiempos, lo que no puede decirse del contenido del Reglamento anterior que se pretende derogar (5).

Una de las nuevas faltas muy graves contenidas en el régimen disciplinario es la realización de 'novatadas' o actuaciones de similar naturaleza que menoscaben la dignidad de las personas. Esta medida es francamente adecuada pues las novatadas en el primer año de universidad se dan cada vez con más frecuencia en nuestras Universidades y, en ocasiones llegan no solo a ser vejatorias, sino incluso lesivas y de una peligrosidad elevada. Se contemplan también como conductas muy graves el acoso sexual (6), el plagio y la falsificación, conductas todas ellas muy presentes en nuestra sociedad y, desgraciadamente, también en nuestros centros de enseñanza superior. Para ellas se señala sanción de expulsión de hasta tres años de duración. La iniciativa de tipificar las faltas expuestas es muy idónea, dicho lo cual no cabe olvidar, como en su día advirtió Nieto García que «tampoco hay que tener excesiva confianza en los efectos de una reforma normativa, dado que la eficacia disciplinaria no depende tanto de las leyes como de la voluntad de su cumplimiento» (7).

III. LA MEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY

Como ha denunciado la doctrina y otros agentes sociales en reiteradas ocasiones, el régimen de disciplina académico está obsoleto y no aporta soluciones que verdaderamente resuelvan o gestionen de forma eficiente los conflictos (8). Y, pese a que el Proyecto reformula el régimen y lo actualiza a los tiempos en los que vivimos, también pretende, como *modus operandi*, que se aplique de forma supletoria y residual. Esto significa, sin duda alguna, una novedad y un avance significativo hacia un sistema reparador antes que sancionador, en línea con las tendencias globales actuales. Se pretende mejorar tanto la comunicación, como las relaciones interpersonales entre los integrantes de toda la comunidad universitaria, y todo ello a través de promoción y difusión prioritaria de la mediación, regulada en el Título II dedicado a los medios alternativos de solución de conflictos de convivencia, de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

1. Definiciones y principios (arts. 5 y 6)

La proyectada Ley diferencia y define dos conceptos, a nuestro juicio, claves de todo el nuevo sistema. El primero de ellos se denomina 'mecanismo de mediación' y se define como «aquel procedimiento de carácter autocompositivo y voluntario, externo a un procedimiento sancionador,

en el que, a través del diálogo activo, deliberativo y respetuoso, asistido y gestionado por una persona mediadora, las partes de un conflicto de convivencia en el ámbito universitario intentan llegar a un acuerdo para su solución (9) ». El segundo se denomina 'procedimiento de mediación', y el Proyecto lo define como «aquel procedimiento aplicable como alternativa de solución de un conflicto, en el marco de un procedimiento disciplinario (10) ».

El Proyecto ofrece evidencia como se pretende evolucionar hacia un sistema cada vez menos punitivo y más enfocado a la resolución pacífica de los conflictos, apostando por el diálogo y el entendimiento de las partes.

Las definiciones expuestas denotan una clara apuesta por impulsar y, sobre todo, por priorizar la mediación, en línea con una nueva manera de gestionar los conflictos cada vez más presente, no solo en nuestra sociedad, sino también, y lo que resulta más interesante y rompedor, en el ámbito de la Administración de Justicia. Se apuesta por ella, tanto en aquellos casos en que de manera voluntaria las partes quieran resolver un conflicto (mecanismo de mediación), como cuando, estando en marcha un procedimiento disciplinario, se decida alternativamente acudir a la mediación (procedimiento de mediación). Esta alternativa que el Proyecto ofrece evidencia como se pretende evolucionar hacia un sistema cada vez menos punitivo y más enfocado a la resolución pacífica de los conflictos, apostando por el diálogo y el entendimiento de las partes. En definitiva, el diálogo y la autocomposición y el entendimiento se erigen en las herramientas esenciales de la nueva gestión de los conflictos.

El Proyecto también introduce el concepto de 'persona mediadora', definiéndolo como «toda tercera persona independiente, con formación adecuada, designada conforme a las normas aplicables para que desarrolle un mecanismo o procedimiento de mediación, independientemente de la denominación propia que le otorgue y las características específicas que le imponga la normativa de cada universidad (11) ». Los mediadores, por lo tanto, deberán tener la formación para con respecto a las funciones que van a desarrollar, lo cual resulta indispensable para generar que el proceso en cuestión se gestione de manera profesional, eficaz y eficiente, así como para generar la necesaria confianza en el sistema y en la persona. Tampoco podrán ser sujetos parciales y se deberán designar a través de los mecanismos establecidos en las normas aplicables.

Y en línea con lo anterior, se establecen los principios que regirán los medios alternativos de solución de conflictos de convivencia, que son los *principios de voluntariedad, confidencialidad, equidad, imparcialidad, buena fe y respeto mutuo, flexibilidad y calidad y transparencia* (12) .

2. Comisión de Convivencia (art. 7)

El Proyecto establece el deber de crear una Comisión de Convivencia (en adelante, la Comisión), que deberá estar formada por representantes del estudiantado, personal docente e investigador y

personal de administración y servicios. Cada universidad regulará en relación con la organización y el funcionamiento de dicha Comisión, así como el nombramiento e incompatibilidades de sus miembros y los motivos de abstención y recusación en los procedimientos en los que intervengan. La Defensoría Universitaria (13) ostentará la presidencia de la Comisión, a no ser que la normativa autonómica o las propias Universidades determinen otra cosa. La Comisión será totalmente independiente, no dependerá de ninguna instancia universitaria ni estará sometida a ningún mandato imperativo, sus actuaciones se regirán por los principios de independencia y autonomía.

En el Proyecto también se establecen cuáles serán las funciones de la Comisión. Entre ellas destacan el promover la utilización del mecanismo de mediación para tratar de dar respuesta a los conflictos que pudieran surgir entre miembros de la comunidad universitaria, tramitar el procedimiento de mediación como alternativa al régimen sancionador (en aquellos casos no excluidos del mismo) cuando lo considere procedente y proponer a las partes la persona mediadora que dirigirá el mecanismo o procedimiento de mediación.

3. Mecanismo de mediación (art. 8)

El mecanismo de mediación establecido en el Proyecto podrá ser desarrollado por las Comunidades Autónomas y las Universidades. Sin embargo, en aras a garantizar la necesaria uniformidad del sistema, se detallan una serie de condiciones que se deberán satisfacer en todo mecanismo de mediación. Se establece también que el mecanismo de mediación solo podrá ponerse en marcha —a propuesta de la Comisión o bien por una de las partes— si todas las partes afectadas prestan su consentimiento. Éste se iniciará en su sesión constitutiva, y la persona mediadora levantará acta de cada sesión que se celebre. El Proyecto también impone una duración máxima, que será de dos meses, prorrogable con carácter excepcional y de común acuerdo entre las partes por un mes más.

No podrán someterse al procedimiento de mediación los supuestos que pudieran incorporar situaciones de acoso sexual, o por razón de sexo o de violencia de género, ni en aquellos casos que de fraude académico o deterioro del patrimonio de la Universidad

El mecanismo de mediación podrá concluir de distintas maneras, todas ellas respetuosas con el principio de voluntariedad: en primer lugar, por haber alcanzado un acuerdo; en segundo lugar, porque todas o alguna de las partes decidan terminar con las actuaciones; en tercer lugar, porque transcurra el plazo máximo acordado; y, en cuarto y último lugar, porque el mediador considere que las posiciones de las partes son irreconciliables. Sea cual sea el resultado del procedimiento, se levantará un acta final que deberá ir firmada tanto por las partes como por la persona mediadora. También se establece que, si se llegara a un acuerdo total o parcial, éste será confidencial y deberá constar por escrito y ser firmado por las partes.

4. Procedimiento ante la Comisión de Convivencia (art. 23)

Como se ha mencionado anteriormente en este artículo, el Proyecto establece como alternativa al procedimiento disciplinario, la apertura de un procedimiento de mediación. Sin embargo, esta alternativa no será siempre posible, pues la Comisión será la encargada de decidir si procede o no la tramitación por vía del procedimiento de mediación, o si debe continuarse su tramitación por la vía disciplinaria. Esta situación puede darse en supuestos en los que la falta es tan grave que no procede tramitarse vía mediación. El Proyecto expresamente indica que no podrán someterse al procedimiento de mediación los supuestos que pudieran incorporar situaciones de acoso sexual, o por razón de sexo o de violencia de género, ni en aquellos casos que de fraude académico o deterioro del patrimonio de la Universidad.

El procedimiento se desarrollará de igual manera que el mecanismo de mediación salvo lo relativo al plazo que, en este caso, no podrá exceder de 30 días hábiles prorrogables de común acuerdo por las partes por un mes más. Otra diferencia sustancial con respecto al mecanismo de mediación es en relación con el resultado. En este caso, si no se finaliza con acuerdo, el expediente será devuelto al órgano instructor del expediente disciplinario para que continúe con su tramitación.

IV. LA MEDIACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES

Como hemos apuntado, algunos centros como, por vía de ejemplo, la Universidad La Laguna (14), la Universidad de Santiago de Compostela (15) o la Universidad Complutense de Madrid (16) han desarrollado sistemas de resolución de conflictos que se acercan a la idea de la mediación. Sin embargo, en la mayoría de las Universidades, lo más parecido a la mediación que podemos encontrar es la figura del defensor del universitario, que se estableció en nuestro país a través de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU). La figura del defensor universitario ya existía con anterioridad a la aprobación de la LOU, pero desde la aprobación de ésta, la institución se ha hecho necesaria pues así se establece en la misma ley. El defensor universitario no es un mediador *strictu sensu*, es más, no cuenta ni con formación específica para ello y asume una función de naturaleza controladora.

Además de ello, es menester hacer constar que el Proyecto va a tener una función armonizadora. Esto se debe a que actualmente, existen diversas Comunidades Autónomas en las cuales ya existen planes sobre la mediación en el sector educativo. Ésta futurible Ley supondría una unificación del sistema mediador, la creación de unos estándares básicos para la llevanza a cabo de la mediación en las Universidades de todo el territorio nacional. Además, es menester recalcar que puede ser una buena oportunidad para dar a conocer la figura de la mediación a las nuevas generaciones de alumnos. No es inusual que los jóvenes piensen que la única forma de resolver un conflicto sea la vía judicial puesto que, nuestra cultura jurídica y la historia de nuestra sociedad, invitan a ello. En este sentido, esta iniciativa legislativa generará un nuevo y necesario impulso en el conocimiento e implantación de otras formas de gestionar los conflictos basadas en principios mucho más acordes con las tendencias globales actuales.

V. REFLEXIÓN FINAL

La mediación incrementa las habilidades sociales y la inteligencia emocional, promueve la empatía, la autocomposición, el crecimiento personal y fomenta el uso de la palabra y el diálogo en la gestión eficiente de conflictos. En definitiva, la mediación es mucho más que un simple modo de gestionar conflictos, la mediación supone una nueva actitud ante los conflictos de la vida, actitud absolutamente necesaria en el actual contexto complejo y global.

El Proyecto en su conjunto supone un gran avance y un acontecimiento relevante para la comunidad universitaria que va a abrir las puertas al diálogo, dejando atrás el carácter punitivo del antiguo Reglamento (17). Sin embargo, las dificultades y los retos que plantea un cambio tan profundo de actitud, de cultura y de forma de gestionar los conflictos, pueden tornarse, si no se entienden ni se difunden bien, y si no se implementan bien (lo que va a precisar, sin duda alguna, de una inversión en medios económicos, estructurales, formativos y personales), en un fracaso del nuevo sistema.

Por todo ello resulta necesario realizar desde ya una buena difusión en el seno de las propias Universidades, no sólo al personal docente e investigador, sino también al personal de administración y servicios, así como al alumnado, con el fin de ir creando esa nueva cultura, de explicar los caracteres esenciales, las ventajas y los requisitos de formación, para que, por vía de ejemplo, personas con diferente rango o jerarquía estén dispuestas a sentarse en una misma mesa a dialogar y a llegar a un entendimiento.

Lo que es indudable es que el Proyecto va a ser un avance hacia la mejora de la convivencia en las Universidades, pues se ha demostrado que el castigo en dicho entorno no conduce a la resolución de los conflictos, ni mejora su gestión, hace falta algo diferente. En estos términos, el uso de la palabra es clave para resolver pacíficamente los conflictos y la vía principal para ello es la mediación. La institucionalización de un servicio de mediación en las Universidades va a favorecer que se genere un diálogo entre todos los miembros de la comunidad. Llegar a acuerdos, soluciones pacíficas y climas más distendidos, proporcionando alternativas a los castigos habituales, resulta el objetivo principal del nuevo sistema propuesto.

La ley ya está en marcha, y el contenido del Proyecto es, en conjunto, positivo. Ahora solo hace falta que todos los agentes implicados en su puesta en marcha desde las instituciones y centros universitarios sean capaces de entender el cambio y, lo más importante, que crean en el cambio, apuesten por el mismo e inviertan todo lo que sea necesario para el cambio. Y todo ello solo es posible desde el real y profundo conocimiento de lo que es y supone la gestión alternativa de conflictos y, en concreto, de lo que es la mediación.

Animamos a todos a conocerla de verdad, a formarse y a fomentar su uso en todos los ámbitos, personales, sociales y profesionales. La mediación, bien entendida y bien realizada no defrauda, y siempre aporta beneficios individuales y colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD LICERAS, J. M., «La "picaresca" en la Universidad: reflexiones jurisprudenciales sobre la aplicación del reglamento de disciplina académica», *Diario La Ley*, n.º 5610, Sección Doctrina, 12 de

septiembre de 2002, Ref. D-294, p. 1838, tomo 7.

CABELLO TIJERINA, P.A. (coord.), *La Multidisciplinariedad de la Mediación y sus Ámbitos de Aplicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

FERNÁNDEZ MOLINA, E., *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

GAMERO CASADO, E., «La mediación en las defensorías universitarias: perspectiva jurídica», *Revista Rueda*, n.º 2, 2017.

GONZÁLEZ ALONSO, F., DE CASTRO HERNÁNDEZ, R. M., *Mejorar la convivencia. Educación en valores y derecho educativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

MUNUERA GÓMEZ, M. P., *Nuevos Retos en Mediación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

NIETO GARCIA, A., «Régimen disciplinario del alumnado universitario: perspectivas para su configuración», *Las Universidades Públicas y su Régimen Jurídico*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1999, pp. 531-550.

PÉREZ SANTANA, M.A., PÉREZ SANTANA, M.E., LIBRADO GARCÍA ORTEGA, A., *Mediación como método de resolución de conflictos*, Valencia, Tirant Lo Blanch — Manuales de Derecho Procesal, 2019.

SARMIENTO ACOSTA, M.J., «Reflexiones preliminares sobre la organización universitaria establecida por la Ley Orgánica de Universidades», *Actualidad Administrativa*, n.º 10, 2003, pp. 235-264.

.....
(1) Decreto de 8 de septiembre de 1954.

[Ver Texto](#)

(2) Al haberse derogado la parte relativa al personal docente, por RD 898/1985, de 30 de abril.

[Ver Texto](#)

(3) La norma pre constitucional no regula el derecho de defensa del estudiante, tampoco prescribe cuando regulan las faltas y, tampoco contempla principios básicos como el de proporcionalidad. El Tribunal Supremo manifestó dudas al respecto de la constitucionalidad en varias Sentencias, entre ellas las de 9 de septiembre de 1988 y de 11 de abril de 1989. También el Defensor del Pueblo dio cuenta de ello en diversos informes como los de 1990, 2008 y 2012.

[Ver Texto](#)

- (4) Por vía de ejemplo, baste destacar los apartados a) y b) del art. 12 del Anteproyecto de Ley de Convivencia Universitaria relativo a las faltas muy graves. Conceptos como 'grave menoscabo', 'cualesquiera otras conductas' o 'ejercer violencia grave'.

[Ver Texto](#)

- (5) Así, uno de los castigos que se expresan en el Reglamento es la expulsión temporal o perpetua de los alumnos por manifestaciones contra la religión y moral católicas o contra los principios e instituciones del Estado. Una medida totalmente anacrónica que atenta contra principios y valores democráticos y contra la libertad y el pluralismo religiosos, así como con la aconfesionalidad del Estado.

[Ver Texto](#)

- (6) El acoso sexual en el ámbito universitario se ha visto incrementado notoriamente en las últimas décadas según los datos del Ministerio de Igualdad, es por ello que se requieren medidas más severas para la erradicación de esta situación. *Vid.* el Proyecto «El acoso sexual en el ámbito universitario: elementos para mejorar la implementación de medidas de prevención, detección e intervención» del Grupo de Investigación de Estudios de Género de la Universidad de las Islas Baleares dirigido por Esperanza Bosch Fiol.

[Ver Texto](#)

- (7) A. Nieto García, «Régimen disciplinario del alumnado universitario: perspectivas para su configuración», *Las Universidades Públicas y su Régimen Jurídico*, Valladolid, Lex Nova, 1999, p. 546.

[Ver Texto](#)

- (8) E. Gamero Casado, «La mediación en las defensorías universitarias: perspectiva jurídica», *Revista Rueda*, n.º 2, 2017, p. 51. El autor se refiere, específicamente, a la obsolescencia del régimen de disciplina académica en relación con los conflictos derivados de relaciones interpersonales.

[Ver Texto](#)

- (9) Art. 5.2º.a del Proyecto.

[Ver Texto](#)

- (10)
Art. 5.2º.b del Proyecto.

[Ver Texto](#)

- (11) Art. 5.2º.c del Proyecto.

[Ver Texto](#)

- (12)
Art. 6 del Proyecto.

[Ver Texto](#)

(13) La Defensoría Universitaria es una institución definida en la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades: «Para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios, ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios, las Universidades establecerán en su estructura organizativa la figura del Defensor Universitario. Sus actuaciones, siempre dirigidas hacia la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos, no estarán sometidas a mandato imperativo de ninguna instancia universitaria y vendrán regidas por los principios de independencia y autonomía».

[Ver Texto](#)

(14) Cuenta con la Unidad de Mediación y Asesoramiento de conflictos de la Universidad de La Laguna (UNIMAC).

[Ver Texto](#)

(15) Cuenta con Centro Integral de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad de Santiago de Compostela (CIARCUS).

[Ver Texto](#)

(16) La Universidad Complutense de Madrid ha desarrollado servicios específicos de mediación para resolver conflictos desarrollados en el ámbito universitario.

[Ver Texto](#)

(17)
Vid.. nota 1

[Ver Texto](#)

TEXTOS Y MATERIALES RECIENTES

Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI de 2021

El 19 de septiembre de 2021 entró en vigor el Reglamento de Arbitraje Acelerado (RAE) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En consonancia con otros reglamentos que regulan el arbitraje acelerado, el Reglamento acelerado de la CNUDMI (2001) confiere al árbitro único la flexibilidad, de acuerdo con la voluntad de las partes, de adaptar el calendario procesal con la finalidad de dictar un laudo dentro de los seis meses siguientes al nombramiento del árbitro (y dentro de los nueve meses a más tardar), y esto es susceptible de repercutir en el acortamiento del proceso de presentación de documentos y, en su caso, de la dispensa de la necesidad de una audiencia oral.



I. ANTECEDENTES

1. El arbitraje acelerado es cada vez más utilizado por las partes y su popularidad va en aumento. La idea básica que subyace con el establecimiento de reglas para esta modalidad de arbitraje es la de crear la posibilidad de que las partes de una controversia acuerden un procedimiento simplificado y racionalizado, con el objetivo de que se emita un laudo arbitral en un corto período de tiempo. El ahorro de costes asociado para las partes es otra de sus ventajas.

Tras dos años y medio de intensos debates en el Grupo de Trabajo n.º II de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1), bajo la presidencia del árbitro chileno Andrés Jana, el 9 de julio de 2021, adoptó el Reglamento de Arbitraje Acelerado («RAA») de 2021 (2) que modifica ciertos aspectos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Regl. CNUDMI).

El Grupo de Trabajo también adoptó el texto inicial de unas las Notas Explicativas para el RRA, que proporcionan importantes comentarios y orientaciones sobre las reglas y tiene previsto finalizar en breve plazo su redacción las notas durante el período de sesiones de otoño de 2021 (3).

El arbitraje acelerado es un procedimiento simplificado y sencillo que se desarrolla en un período de tiempo abreviado y que permite a las partes poner fin definitivamente a una controversia ahorrando costos y tiempo y el Grupo de Trabajo fue consciente de que varias instituciones de arbitraje comercial ya han adoptado normas de procedimiento sobre arbitraje acelerado o por vía rápida y han adquirido experiencia con ese formato. Ahora bien, en función de la propia composición de la CNUDMI el RAA, se diferencia de otras iniciativas al reflejar un amplio consenso en términos de

representación geográfica y participación de las partes interesadas, incluida la aportación de las principales instituciones arbitrales.

2. El RAA de la CNUDMI contiene un conjunto de normas que las partes pueden acordar para la sustanciación del arbitraje acelerado y, con ello, pretende un equilibrio entre, por una parte, la eficiencia del proceso arbitral y, por otra, los derechos de las partes a gozar de garantías procesales y recibir un trato equitativo.

El art. 1, párr. 5, del Reg. CNUDMI incorpora el RAA, que se presenta como apéndice de aquel. La expresión «si las partes así lo acuerdan» que figura en ese párr. hace hincapié en la necesidad de que las partes presten su consentimiento expreso a la aplicación al arbitraje del RAA.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3. El art. 1 proporciona orientación sobre los supuestos en que se aplica el RAA. Se requiere el consentimiento expreso de las partes para que el RAA resulte aplicable. Las partes tienen libertad para acordar la aplicación del RAA en cualquier momento, incluso después de comenzada la controversia. Al efecto en los anexos incluyen un modelo *ad hoc* de cláusula compromisoria.:

«Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el RAA de la CNUDMI.

Nota: Las partes deberían considerar la posibilidad de agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será... [nombre de la institución o persona];*
- b) El lugar del arbitraje será... [ciudad y país];*
- c) El idioma que se utilizará en el proceso arbitral será...».*

Asimismo, una parte podrá proponer a la otra u otras partes contrarias que el RAA. Sin embargo, las partes deberían tener en cuenta las consecuencias que tendrá cambiar de procedimiento al pasar del arbitraje no acelerado al acelerado. Por ejemplo, una notificación del arbitraje realizada de conformidad con el art. 3 del Reglamento de Arbitraje tal vez no cumpla los requisitos que figuran en el art. 4 del RAA, en que se exige que el demandante comunique la propuesta relativa a la designación de una autoridad nominadora y al nombramiento del árbitro único.

Por lo tanto, es conveniente que las partes se pongan de acuerdo sobre la forma en que podrían cumplirse esos requisitos si convinieran en someter su controversia a arbitraje de conformidad con el RAA una vez iniciado el proceso. Si se constituyera un tribunal arbitral integrado por tres miembros de conformidad con el Reglamento de Arbitraje, será necesario que las partes se pusieran de acuerdo sobre si conservarán ese tribunal de tres miembros (lo que puede hacerse según el art. 7) o si nombrarán un árbitro único con arreglo al art. 8. Si se modificara la constitución del tribunal arbitral, puede ser necesario que las partes deban considerar también la situación en que quedarían las

declaraciones y las pruebas presentadas ante el primer tribunal.

4. Incluso si las partes han acordado inicialmente someter su controversia a arbitraje de conformidad con el RAA, las circunstancias quizás sean tales que este no resulte adecuado para resolver la controversia en el caso concreto. En el art. 2 se tratan esas circunstancias y en el párr. 1 se autoriza a las partes a acordar su desistimiento del arbitraje acelerado.

Con arreglo al párr. 2, una parte que haya acordado someter su controversia a arbitraje de conformidad con el RAA podrá solicitar posteriormente que se le permita desistir del arbitraje acelerado, en el supuesto de que las circunstancias se hubieran dado de modo tal que este último ya no resultara adecuado para resolver la controversia. Si bien no hay límite de tiempo para que la parte solicite el desistimiento, el tribunal arbitral debería tener en cuenta en qué etapa del procedimiento se formula esa solicitud. La expresión «en circunstancias excepcionales» significa que la parte que solicita que se le permita desistir deberá proporcionar razones convincentes y justificadas en apoyo de esa solicitud y que el tribunal arbitral deberá estimar esa solicitud solo en algunas circunstancias. Esa expresión introduce un criterio exigente para permitir el desistimiento unilateral del arbitraje acelerado.

5. Al hacer la determinación pertinente, el tribunal arbitral debería considerar si el RAA ha dejado de ser adecuado para resolver la controversia. Para ello deberá considerar, entre otros, los siguientes elementos:

- la urgencia que haya en resolver la controversia;
- la etapa del procedimiento en que se formule la solicitud;
- la complejidad de la controversia (por ejemplo, el volumen de pruebas documentales que se estima se presentará y el número de personas que se estima prestarán declaración);
- la suma que se estime será litigiosa (todas las sumas reclamadas en la notificación del arbitraje, las reconveniones que se formulen en la respuesta a esta, así como todas las modificaciones o complementos);
- las condiciones del acuerdo entre las partes por el que estas sometieron su controversia a arbitraje acelerado y la previsibilidad de las circunstancias actuales en el momento de celebrarse el acuerdo; y
- la repercusión que tendría en las actuaciones la decisión que se tome.

Esta lista no tiene carácter exhaustivo y es aconsejable que el tribunal arbitral verifique todos los elementos que figuran en ella.

III. CONDUCTA DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. En el art. 3 se destaca que el procedimiento aplicado con arreglo al RAA debe ser rápido y se pone

énfasis en la obligación de las partes y el tribunal arbitral de actuar con celeridad. Al efecto el párr. 1 se recuerda a las partes que, cuando someten su controversia a arbitraje de conformidad con el RAA, están acordando cooperar con miras a asegurar la eficiencia del proceso, así como la rápida resolución de la controversia, especialmente en el contexto del arbitraje *ad hoc*, en que no existe una institución administradora que agilice más el proceso.

Por su parte, el párr. 2 debe interpretarse junto con el art. 17, párr. 1, del Regl. CNUDMI. Por tanto, los tribunales arbitrales que sustancian el procedimiento acelerado tienen la misma obligación de dirigir las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes. El tribunal arbitral también debe respetar las garantías procesales.

7. Por último, en el párr. 3 se destaca la discrecionalidad que tiene el tribunal arbitral para utilizar una gran variedad de medios tecnológicos a efectos de dirigir las actuaciones, entre otros fines, para comunicarse con las partes y celebrar consultas y audiencias. También se menciona que pueden celebrarse consultas y audiencias sin la presencia física de las partes y a distancia. La inclusión de esa norma en el RAA no significa que esos medios tecnológicos solo puedan ser utilizados por los tribunales arbitrales en el arbitraje acelerado. La norma pretende ayudar al tribunal arbitral a simplificar el procedimiento y evitar demoras y gastos innecesarios, dos finalidades que están en consonancia con los objetivos del arbitraje acelerado. El tribunal arbitral debería tener en cuenta que la utilización de medios tecnológicos está sujeta a lo que establezcan las normas del Reglamento de Arbitraje para que el proceso sea justo y se dé a cada parte una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. Así, el tribunal arbitral también debe tener en cuenta su obligación de respetar las garantías procesales. Al respecto, el tribunal arbitral debería otorgar a las partes la oportunidad de expresar sus opiniones sobre la utilización de esos medios tecnológicos y tener en cuenta las circunstancias generales del caso, por ejemplo, si las partes tienen la posibilidad de usar dichos medios tecnológicos

IV. NOTIFICACIÓN Y RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN DEL ARBITRAJE Y ESCRITO DE DEMANDA

8. El art. 4 aborda la iniciación del arbitraje por el demandante y modifica los artículos 3, párr. 4, y 20, párr. 1, Regl. CNUDMI. En la notificación del arbitraje se exigen dos elementos, que son optativos según el art. 3, párr. 4, del Regl. CNUDMI. Con ello se procura facilitar la rápida constitución del tribunal arbitral en el arbitraje acelerado. De conformidad con el párr. 1, el demandante está obligado a proponer una autoridad nominadora (a menos que las partes se hayan puesto de acuerdo previamente sobre ello) y un árbitro. Es importante que el demandado incluya esa información en su notificación del arbitraje porque los plazos de 15 días a los que se hace referencia en los arts. 6 y 8 comienzan a correr con la recepción por el demandado de esas propuestas.

La propuesta de nombramiento del árbitro no significa que la parte deba sugerir el nombre del árbitro, sino que puede sugerir una lista de candidatos o cualificaciones adecuadas o un mecanismo que utilizarían las partes para ponerse de acuerdo sobre el árbitro. Ello también serviría para los casos en que las partes convinieran en nombrar más de un árbitro en el arbitraje acelerado.

Con el fin de agilizar aún más el procedimiento, en el párr. 2 se establece la obligación de que el demandante comunique su escrito de demanda junto con su notificación del arbitraje. De esta manera se modifica la norma enunciada en el art. 20, párr. 1, del Regl. CNUDMI, que establece que deberá comunicarse el escrito de demanda dentro del plazo que determine el tribunal arbitral.

9. El art. 5 considera las acciones que debe realizar el demandado al recibir la notificación del arbitraje y el escrito de demanda del demandante. Prevé que el demandado actúe en dos etapas y establece un plazo más breve para la respuesta a la notificación del arbitraje (en adelante, la «respuesta») y un plazo más prolongado para el escrito de contestación. El objetivo es facilitar la rápida constitución del tribunal y proporcionar suficiente tiempo para que el demandado prepare su defensa.

El demandado debe comunicar su respuesta dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la notificación. Por lo tanto, el art. 5, párr. 1, modifica el art. 4, párr. 1, del Regl. CNUDMI, en que se establece un plazo de 30 días. Se establece un plazo más breve para presentar la respuesta, dado que en ella se abordan cuestiones procesales, en particular las relativas a la constitución del tribunal arbitral.

La respuesta deberá responder a la información que se haya consignado en la notificación del arbitraje. Dado que el art. 4, párr. 1, del RAA establece que el demandante debe incluir en su notificación del arbitraje propuestas relativas a la autoridad nominadora y al nombramiento del árbitro, el demandado debe incluir una respuesta a esas propuestas. Si el demandado no está de acuerdo con las propuestas, tiene derecho a formular sus propias propuestas de conformidad con el art. 4, párr. 2 b) y c), del Regl. CNUDMI.

V. AUTORIDAD DESIGNADORA Y AUTORIDAD NOMINADORA

10. La autoridad nominadora desempeña un papel importante en la agilización del proceso, en particular en lo que respecta a la constitución del tribunal arbitral. Por lo tanto, es importante que las partes se pongan de acuerdo en la elección de una autoridad nominadora. En los casos en que las partes no se hayan puesto de acuerdo respecto de esa elección, el art. 6 del RAA establece un mecanismo para que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) designe una autoridad nominadora o actúe como tal; en cualquiera de esos casos la autoridad nominadora intervendría en una etapa temprana.

El art. 6, párr. 1, simplifica el proceso previsto en el art. 6, párr. 2, del Regl. CNUDMI al permitir a una de las partes solicitar al Secretario General de la CPA que actúe como autoridad nominadora. Establece un proceso simple y flexible, a la vez que otorga algún grado de discrecionalidad al Secretario General de la CPA.

El proceso se agiliza al permitir a cualquiera de las partes solicitar la intervención del Secretario General de la CPA en cualquier momento una vez que hayan transcurrido 15 días desde la recepción por todas las partes de una propuesta sobre la designación de una autoridad nominadora. En la práctica, ello significa que un demandante que ha incluido en su notificación del arbitraje una

propuesta relativa a una autoridad nominadora de conformidad con el art. 4, párr. 1, puede formular la solicitud al Secretario General de la CPA 15 días después de la recepción de la notificación por el demandado.

VI. ÁRBITROS

11. *Número.* El art. 7 establece que la regla supletoria en el arbitraje acelerado es un tribunal arbitral compuesto por un árbitro único. Así pues, el art. 7 del RAA reemplaza el art. 7, párr. 1, del Regl. CNUDMI. Las partes, sin embargo, pueden convenir en nombrar más de un árbitro, a la luz de las circunstancias particulares de la controversia y si se prefiere que la decisión que se tome sea colectiva. Sin embargo, deberían tener presente que las actuaciones en las que intervenga un tribunal arbitral integrado por más de una persona podrían ser menos ágiles.

12. *Nombramiento del árbitro único.* El art. 8 trata la forma en que se nombrará el árbitro único en el arbitraje acelerado. Si las partes se ponen de acuerdo en que habrá más de un árbitro, se aplicarán los artículos 9 y 10 del Regl. CNUDMI. El párr. 1 alienta a las partes a llegar a un acuerdo sobre el árbitro único, estableciendo el párr. 2 un mecanismo para el caso en que no haya acuerdo entre las partes sobre el nombramiento de un árbitro único. Cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de la autoridad nominadora 15 días después de que la propuesta de nombramiento del árbitro único haya sido recibida por todas las partes. Este plazo es inferior al plazo de 30 días establecido en el art. 8, párr. 1, del Regl. CNUDMI.

La autoridad nominadora solo puede intervenir a instancia de una de las partes.

VII. TRIBUNAL ARBITRAL

13. *Consulta con las partes.* Es especialmente importante que se celebren consultas entre el tribunal arbitral y las partes en una etapa temprana del proceso para lograr una organización justa y eficiente del arbitraje acelerado. Los términos «consulta» y «consultará» se utilizan en el art. 9 para destacar la naturaleza interactiva de la cooperación entre el tribunal arbitral y las partes cuando debaten la forma en que se dirigirá el arbitraje. En general, las palabras «después de invitar a las partes a expresar su opinión (opiniones)» se usan en el Regl. CNUDMI, así como en los arts. 2, 3, 10, 11, 14 y 16 del RAA para hacer referencia a una situación en que el tribunal arbitral está obligado a dar a las partes la oportunidad de expresar su apoyo, inquietudes u objeciones antes de que el tribunal arbitral adopte una decisión sobre alguna cuestión.

En el art. 9 se establece que el tribunal arbitral deberá consultar a las partes sobre la forma en que se organizará el proceso. Por lo tanto, conlleva la expectativa de que el tribunal arbitral interactuará activamente con las partes en vez de invitarlas simplemente a expresar sus opiniones. Una conferencia de gestión del caso es una forma de realizar esas consultas y puede ser un instrumento procesal importante, en particular en el arbitraje acelerado, puesto que permite al tribunal arbitral dar a las partes una indicación oportuna acerca de la organización del proceso y de la manera en que se propone proceder.

14. *Plazos y discrecionalidad del tribunal arbitral.* El art. 10 trata sobre la discrecionalidad que tiene el tribunal arbitral respecto de los plazos en el arbitraje acelerado. Debe interpretarse junto con la segunda oración del art. 17, párr. 2, del Regl. CNUDMI. Así pues, el art. 10 aclara que el tribunal arbitral podrá prorrogar o abreviar cualquier plazo previsto en el Regl. CNUDMI y el RAA o concertado por las partes. Incluso después de fijado un plazo de conformidad con el art. 10, se otorga flexibilidad para modificarlo cuando la modificación está justificada. Sin embargo, esta discrecionalidad se supedita a una norma específica enunciada en el art. 16, referida al marco temporal para dictar el laudo y sus prórrogas. Este último precepto aclara y refuerza la discrecionalidad del tribunal arbitral para adaptar el proceso a las circunstancias del caso, reduciendo el riesgo de impugnación del laudo en la etapa de ejecución. En otras palabras, se otorga al tribunal arbitral un mandato sólido para actuar con determinación, sin temor de que su laudo pueda ser anulado por no haberse respetado las garantías procesales.

VIII. ACTUACIONES ARBITRALES

15. *Audiencias.* En el art. 11 se destaca la discrecionalidad del tribunal arbitral para decidir que no se celebrarán audiencias en el arbitraje acelerado si ninguna de las partes lo ha solicitado. El art. 11 debe interpretarse junto con el art. 17, párr. 3, del Regl. CNUDMI, en que se establece lo siguiente: i) el tribunal arbitral celebrará audiencias si alguna parte lo solicita en una etapa apropiada del procedimiento; y ii) de no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse dichas audiencias. Las propias partes pueden convenir en celebrar audiencias, en cuyo caso el acuerdo será vinculante para el tribunal arbitral.

Las audiencias pueden ocasionar demoras, en particular si resulta necesario coordinar las agendas de las partes y el tribunal arbitral. Sin embargo, las audiencias podrían ser útiles cuando la declaración de los testigos y los dictámenes periciales fueran fundamentales para que el tribunal arbitral tome su decisión. Además, los intercambios directos entre las partes y el tribunal arbitral en una audiencia (en persona o a distancia) podrían facilitar que se comprendiera mejor el caso y dotarían de mayor eficiencia al proceso.

Teniendo en cuenta que el plazo de seis meses para dictar el laudo en el arbitraje acelerado es breve, el tribunal arbitral tal vez desee decidir en una etapa temprana del proceso si celebrará audiencias. La solicitud de que se celebre una audiencia en una etapa posterior puede demorar el proceso y tal vez dificulte que el tribunal arbitral cumpla ese plazo.

16. *Reconvenciones y demandas a efectos de compensación.* El art. 12 conserva el derecho de las partes a formular reconvenciones y demandas a efectos de compensación (en adelante, denominadas genéricamente «reconvenciones»), pero introduce determinadas condiciones, que el tribunal arbitral puede dejar sin efecto. De esta manera se garantiza que las reconvenciones no generen demoras en el arbitraje acelerado.

El art. 12 sustituye el art. 21, párr. 3, del Regl. CNUDMI e introduce un criterio más exigente para las reconvenciones. El párr. 1 exige que el demandado formule una reconvención a más tardar en su escrito de contestación. Puede formularse una reconvención en una etapa posterior del proceso,

pero solo cuando el tribunal arbitral lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

17. *Modificaciones y complementos de la demanda o de la contestación.* El art. 13 reemplaza el art. 22 del Regl. CNUDMI. Introduce un criterio más exigente para que las partes puedan presentar modificaciones y complementos de la demanda o la contestación o formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación (en adelante, denominadas genéricamente «modificaciones») en el contexto del arbitraje acelerado. Sin embargo, el artículo prevé flexibilidad en su aplicación a diferentes circunstancias. Por consiguiente, las partes no pueden hacer modificaciones a menos que el tribunal arbitral considere apropiado permitir las mismas. Al decidir si permite las modificaciones, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta la etapa del procedimiento en que se solicite formular la modificación, el perjuicio que pudiera causar a otras partes si se la permitiera y cualesquiera otras circunstancias.

Las reconvencciones y las modificaciones podrían tener como consecuencia que el arbitraje acelerado ya no fuera apropiado para resolver la controversia. En esas circunstancias, las partes podrán acordar que ya no se aplicará al arbitraje el RAA o una de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que determine que el RAA dejará de aplicarse de conformidad con el art. 2.

18. *Otros escritos.* El art. 14 refuerza la discrecionalidad otorgada al tribunal arbitral en el art. 24 del Regl. CNUDMI para limitar la presentación de otros escritos. Deja en claro que el tribunal arbitral podrá decidir que el escrito de demanda y el escrito de contestación son suficientes y que no se exigirá a las partes presentar otros escritos. Sin embargo, no debe interpretarse que los tribunales arbitrales no tienen esa discrecionalidad en virtud del art. 24 del Regl. CNUDMI.

19. *Práctica de la prueba.* El art. 15 aclara la discrecionalidad que tiene el tribunal arbitral respecto de la práctica de la prueba en el arbitraje acelerado. El art. 27, párr. 3, del Regl. CNUDMI establece que el tribunal arbitral podrá exigir que las partes presenten documentos u otras pruebas durante las actuaciones. La primera oración del art. 15, párr. 1, aclara que el tribunal arbitral podrá decidir qué documentos u otras pruebas deberán presentar las partes. La segunda oración reafirma la discrecionalidad del tribunal arbitral para denegar la solicitud de apertura de una etapa procesal de presentación de documentos, que puede derivar en demoras injustificadas. Sin embargo, la incorporación del art. 15, párr. 1, al RAA no debería interpretarse en el sentido de que los tribunales arbitrales no tienen esa discrecionalidad en virtud del art. 27, párr. 3, del Regl. CNUDMI.

El art. 15, párr. 2, establece que en el arbitraje acelerado las declaraciones de los testigos y peritos se presentarán por escrito e irán firmadas por ellos. Dicho párrafo, por lo tanto, reemplaza la segunda oración del art. 27, párr. 2, del Regl. CNUDMI. Si bien las normas que establecen qué condiciones deben cumplirse para satisfacer el requisito de que un acto conste «por escrito» y de que haya «firma» en las comunicaciones electrónicas varían según la jurisdicción de que se trate, cabe señalar que el art. 9, párrs. 2 y 3, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales establece una regla de equivalencia funcional.

20. *Plazo para la emisión del laudo.* El art. 16, párr. 1, establece un plazo de seis meses para la emisión

del laudo y un mecanismo para prorrogar ese plazo en determinadas circunstancias. El plazo de seis meses para dictar el laudo comienza con la constitución del tribunal arbitral. Las partes tienen libertad para acordar un plazo diferente del fijado en el párr. 1, que tal vez sea más breve o más prolongado, dependiendo de sus necesidades.

La discrecionalidad general que se otorga a los tribunales arbitrales en el art. 10 de prorrogar o abreviar cualquier plazo previsto en el RAA y los acordados por las partes está sujeta a lo dispuesto en el art. 16. En la primera oración del art. 16, párr. 2, se autoriza expresamente al tribunal arbitral a prorrogar el plazo para dictar el laudo establecido de conformidad con el párr. 1, aunque únicamente en circunstancias excepcionales y tras invitar a las partes a expresar su opinión. Correspondería al tribunal arbitral determinar si las circunstancias son excepcionales o no. Si bien el tribunal arbitral debería indicar por regla general las razones cuando se prorrogue el plazo, el párr. 2 no exige que se proporcionen razones para dar flexibilidad al tribunal arbitral, en particular cuando la prórroga sea más bien breve.

En la segunda parte del párr. 2 se establece que el plazo máximo total, incluido el plazo prorrogado, no debe exceder de nueve meses a partir de la fecha de constitución del tribunal arbitral. Esto responde a las expectativas de las partes de que se dicte un laudo dentro de un plazo relativamente breve, una de las características fundamentales del arbitraje acelerado. En el párr. 2, sin embargo, no se imponen limitaciones al número de prórrogas que pueden hacerse dentro del plazo total.

En el caso de que el tribunal arbitral considere que podría correr el riesgo de no dictar un laudo en el plazo de nueve meses establecido en el párr. 2 [o algún otro plazo acordado por las partes], el párr. 3 establece un mecanismo por el que ese plazo podría prorrogarse por última vez. Este mecanismo tiene por finalidad resolver la situación en que el tribunal arbitral corriera el riesgo de no poder emitir el laudo en el plazo debido, por ejemplo, por haber surgido circunstancias inusuales cerca del final del plazo o si solo fuera necesario hacer una prórroga muy breve que excedería el plazo para poder el laudo.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

El Reglamento Arbitraje de la CNUDMI respalda la práctica establecida de otras instituciones de arbitraje, a través de una respuesta satisfactoria al creciente deseo de los usuarios del arbitraje de que sus controversias se resuelvan eficazmente en un plazo breve. Con ello la CNUDMI ha dado un paso para cerrar la distorsión entre sus reglas y los otros Reglamentos de importantes instituciones de arbitraje que ya habían adoptado la necesidad de procedimientos acelerados, pero ha aprovechado para introducir importantes innovaciones. El RAA, cuyo objetivo es lograr un equilibrio entre la eficacia del procedimiento arbitral y los derechos de las partes a un proceso justo y a un trato equitativo, refleja un amplio consenso internacional sobre los procedimientos acelerados en el arbitraje internacional. De hecho, las sesiones del Grupo de Trabajo II contaron con la participación de más de cincuenta Estados miembros, así como de otros observadores, entre los que se encontraban Estados e importantes instituciones arbitrales (el CIADI, la CCI, el CEPANI, el *Chartered Institute of Arbitrators*, la *American Bar Association* y muchos más). Por lo tanto, el Reglamento

Acelerado constituye un importante paso para unificar y ampliar el uso de los procedimientos acelerados en el arbitraje internacional.

Aunque el Reglamento ofrece muchas ventajas a las partes que buscan resolver sus controversias en un plazo corto, puede no ser apropiado para arbitrajes grandes y complejos y casos de gran cuantía, toda vez que las partes pueden no ser capaces de cumplir con plazos más estrictos o pueden plantear desafíos debido a las restricciones procesales comunes en los procedimientos acelerados.

A juzgar por el éxito de los instrumentos anteriores elaborados en el seno de la CNUDMI en el ámbito del arbitraje internacional, cabe esperar que las reglas integradas en el RAA se adopten ampliamente en la práctica. Se trata sin duda de un avance positivo, ya que puede conducir a la unificación de los procedimientos acelerados y, por tanto, a contribuir a una mayor seguridad jurídica.

(1) *Vid.* «Crónica de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las cuestiones relativas al arbitraje acelerado», *La LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 4, 2020.

[Ver Texto](#)

(2) [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral_ear_website_sp.pdf].

[Ver Texto](#)

(3) *Vid.* Proyecto de nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, de 28 de julio de 2021, Nota de la Secretaría (Doc A/CN.9/WG.II/WP.219) [<https://undocs.org/sp/A/CN.9/WG.II/WP.219>].

[Ver Texto](#)

Notas de la CNUDMI sobre la mediación de 2021

En las Notas se enumeran y se describen brevemente cuestiones relacionadas con la mediación. La finalidad de las Notas, preparadas prestando especial atención a la mediación internacional, es que sean utilizadas de manera general y universal por los profesionales de la mediación y las partes en las controversias. Dada la flexibilidad que caracteriza a la mediación, los estilos, las prácticas y los métodos procesales para fomentar un arreglo entre las partes varían. Cada enfoque tiene sus ventajas. Por lo tanto, con las Notas no se pretende promover ninguna práctica en particular como si fuera la mejor.



I. ANTECEDENTES

1. La CNUDMI reconoció el valor de la conciliación o mediación (término intercambiable utilizado para adaptarse al uso real en la práctica) como método de arreglo amistoso de las controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales y respondió aprobando el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), que ofrece un conjunto internacionalmente armonizado de normas procedimentales para la sustanciación de procesos de conciliación.

En vista del reconocimiento y el uso creciente de la conciliación como método para resolver controversias comerciales, se elaboró la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), que fue modificada posteriormente por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). Este texto complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, que se abrió a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019. La Convención reforzará aún más el uso de la mediación y fomentará el acceso a la justicia.

2. En la actualidad, la CNUDMI al tiempo que trabaja en la puesta al día del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) (1), ha preparado unas notas sobre la organización del proceso de mediación.

II. DECISIÓN DE LA CNUDMI DE 14 DE JULIO DE 2021

3. De conformidad con el procedimiento establecido para la adopción de decisiones de la CNUDMI durante la pandemia de COVID-19, la Comisión adoptó la siguiente decisión el 14 de julio de 2021:

«La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo el valor de los métodos de solución de controversias a los que se alude con expresiones tales como mediación, conciliación y términos similares, como medio de solución amistosa de controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Observando que esos métodos de solución de controversias se utilizan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional como alternativa a los procesos judiciales, Considerando que el uso de esos métodos de solución de controversias produce beneficios importantes, como disminuir el número de casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilitar la administración de las operaciones internacionales por las partes en una relación comercial y dar lugar a economías en la administración de justicia por los Estados,

Recordando las resoluciones de la Asamblea General relativas a los instrumentos de la CNUDMI sobre esos métodos de solución de controversias, a saber, la resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, así como las resoluciones 73/198 y 73/199, de 20 de diciembre de 2018, sobre el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, respectivamente,

Convencida de que la preparación de un reglamento de mediación que sea aceptable en países con ordenamientos jurídicos y sistemas sociales y económicos diferentes complementaría el marco jurídico vigente en materia de mediación internacional y contribuiría considerablemente a la solución eficaz de controversias y al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas,

Teniendo presente la evolución que ha tenido la práctica de la mediación desde la aprobación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980),

Observando además que en la preparación del Reglamento de Mediación de la CNUDMI se aprovecharon enormemente las consultas con los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales interesadas y las organizaciones no gubernamentales,

1. Aprueba el Reglamento de Mediación de la CNUDMI tal como figura en el anexo III del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones 21;

2. Recomienda la utilización del Reglamento de Mediación de la CNUDMI en la solución de las

controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales;

3. Solicita al Secretario General que publique el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, incluso por medios electrónicos, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, y que le dé amplia difusión entre los Gobiernos y demás órganos interesados»

III. FINALIDAD DE LAS NOTAS

4. Las Notas tienen por objeto ayudar a las partes a comprender mejor la mediación, en particular la gama amplia y flexible de resultados que puede arrojar. Las partes y el mediador pueden valerse de estas Notas o remitirse a ellas a su criterio y en la medida que estimen conveniente, sin tener que adoptar ningún elemento de ellas en particular ni tener que aducir razones para no hacerlo. Las Notas no imponen ninguna obligación jurídica vinculante para las partes o para el mediador y tampoco se prestan a ser utilizadas como reglamento de mediación.

IV. LISTA DE CUESTIONES QUE CABRÍA CONSIDERAR AL ORGANIZAR LA MEDIACIÓN

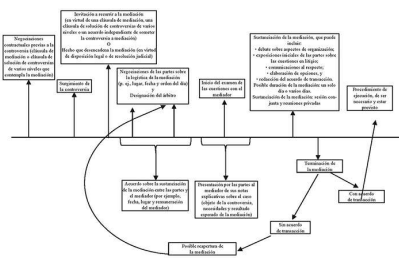
Las partes pueden acordar la aplicación de un reglamento de mediación. Las disposiciones de ese reglamento suelen establecer el marco procedimental de la mediación. También contienen modelos de cláusulas de mediación que pueden ser fácilmente adoptadas por las partes en sus contratos comerciales. Por ejemplo, el Reglamento de Mediación de la CNUDMI es un reglamento de procedimiento, que puede utilizarse sin necesidad de recurrir a una institución encargada de administrar la mediación y que las partes pueden modificar y adaptar como deseen. Las partes también pueden decidir que el procedimiento sea administrado por una institución. La mayoría de los reglamentos institucionales, además, otorgan a las partes un alto grado de flexibilidad.

Con independencia de lo anterior las partes deben de atender a una serie de cuestiones a la hora de organizar la mediación, que figuran ampliamente detalladas en las Notas de 2021 (2) .

1. Inicio de la mediación
 - a) Diversas razones
 - b) Acuerdo de las partes
 - c) Invitación a recurrir a la mediación
 - d) Fecha de inicio de la mediación
 - e) Apoyo institucional
2. Selección y designación del mediador
 - a) Forma de seleccionar y designar al mediador
 - b) Disponibilidad, conocimientos y circunstancias personales

- c) Requisitos éticos
- 3. Aspectos preparatorios
 - a) Mandato, honorarios y otros gastos
 - b) Asistencia administrativa
 - c) Comparecencia y representación de las partes
 - d) Tratamiento de la confidencialidad
 - e) Determinación del lugar y las fechas de la mediación
 - f) Acuerdo sobre el idioma de la mediación
- 4. Sustanciación de la mediación
 - a) Función del mediador
 - b) Consultas iniciales
 - c) Escritos y documentos de apoyo
 - d) Sesiones de mediación y negociaciones activas
- 5. Acuerdo de transacción
 - a) Propuestas de acuerdo
 - b) Redacción del acuerdo de transacción
 - c) Ejecutabilidad
- 6. Terminación de la mediación

V. SINOPSIS DE LAS ETAPAS DE LA MEDIACIÓN



.....

(1) The UNCITRAL Working Group III (ISDS Reform) Intersessional Meeting on the Use of Mediation in ISDS – 28-29 October 2021.

Ver Texto

(2) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_notes_spanish.pdf.

Ver Texto

CRÓNICAS



El control de la valoración de la prueba por el árbitro

The control of the evaluation of evidence by the arbitrator

Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021 han ejercido una influencia especialmente visible en las decisiones, posteriores a febrero de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se caracterizó por jugar, en la mayor parte de sus decisiones, el papel de adalid de la teoría partidaria de aplicar una interpretación extensiva del concepto de orden público, a la hora de apreciar su violación como causa de anulación del laudo. Este Tribunal Superior de Justicia adapta ahora sus resoluciones a lo dispuesto en la Sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas.

Arbitraje, Acción de anulación, Doctrina del Tribunal Constitucional, Orden público.

The Judgments of the Constitutional Court of June 15, 2020 and February 15, 2021 have had a particularly visible influence on the decisions, subsequent to February 2021, of the High Court of Justice of Madrid, which was characterized by playing, in most of its decisions, the role of champion of the theory in favor of applying an extensive interpretation of the concept of public policy, when assessing its violation as a cause for annulment of the award. This High Court of Justice now adapts its rulings to the provisions of the aforementioned Constitutional Court Judgments.

Arbitration, Recourse for annulment, Doctrine of the Constitutional Court, Public policy.



Francisco G. Prol

Abogado y árbitro internacional

I. LA IMPORTANCIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 15 DE JUNIO DE 2020 (1) Y 15 DE FEBRERO DE 2021 (2)

En los últimos tiempos, se ha venido diciendo que las sentencias mencionadas en el título de este apartado han marcado un antes y un después en la precisión de la extensión del control jurisdiccional sobre el laudo arbitral, a los efectos de ver si éste puede ser anulado por violación del orden público. No parece que esta afirmación pueda tildarse de exagerada, a la vista de la influencia que dichas sentencias vienen ejerciendo sobre las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia posteriores a febrero de 2021, que tratan sobre la posible anulación de un laudo por violación del orden público (3).

Dicha influencia es especialmente visible en las decisiones, posteriores a febrero de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (que se caracterizó por jugar, en la mayor parte de sus sentencias, el papel de adalid de la teoría partidaria de aplicar una interpretación extensiva del concepto de orden público, a la hora de apreciar su violación como causa de anulación del laudo), que adaptan ahora sus resoluciones a lo dispuesto en la Sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas.

Estas sentencias del TC contienen, entre otras también de gran relevancia, dos ideas, expuestas con claridad meridiana a lo largo de sus respectivos textos, que nos sirven de ayuda para comprender cual es la posición del TC en relación con la extensión del control que el juez puede ejercer sobre las decisiones del árbitro y que son esenciales para comprender los comentarios que, relativos a esta materia de cuál debe ser la extensión del control judicial, se realizan a continuación.

La primera idea que hemos de retener a la hora de estudiar la extensión del control judicial sobre el laudo, es la reiterada afirmación del TC de que es necesario buscar el origen del arbitraje en la libre voluntad de las partes y no en el art. 24.1º CE. Al admitir que las partes han decidido libremente utilizar un medio de solución de sus controversias distinto al procedimiento judicial, es necesario llegar a la conclusión de que la opinión del árbitro no puede ser sustituida por la del juez, más que en aquellos supuestos (extraordinarios y que han de ser interpretados de forma restrictiva) que pueden llevar a la anulación del laudo y que son enumerados en el art. 41 LA.

La segunda idea, consecuencia de la anteriormente expuesta, que destaca entre el resto de los conceptos definidos en las SSTC 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021, es la de que no debe producirse un «ensanchamiento» (4) del concepto de orden público, que permita al juez entrar a conocer del fondo del asunto que se trata en el procedimiento arbitral, sustituyendo la opinión del árbitro por la suya propia.

Así, el TC confirma los límites al control de la validez del laudo, cuando dice (5) «que el orden público no es una excepción a la limitación del control, de forma que no se puede sustituir al árbitro, no pudiendo revisar (6) el TSJ (7) más que: i) la legalidad del convenio arbitral, ii) la arbitrabilidad de la

materia y iii) la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje (límite éste de suma importancia y que debemos retener para cuando llegue el momento de hablar de la extensión del control judicial sobre la valoración de la prueba realizada por el árbitro).

II. LAS SENTENCIAS DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 22 DE MARZO DE 2021 Y DEL TSJ DE MADRID DE 27 DE ABRIL DE 2021

Las sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2021 (de aquí en adelante «la STSJCM») y del TSJ de Madrid de 27 de abril de 2021 (de aquí en adelante «la STSJM»), a las que denominaremos conjuntamente «las Sentencias», muestran a las claras la obediente aceptación por parte de estos dos TTSSJJ de la interpretación dada por el TC a la extensión del control por el juez de las decisiones del árbitro.

1. Precedentes

Sin embargo, no es la primera vez que los TTSSJJ se manifiestan en consonancia con la doctrina que emana de las SSTC de junio de 2020 y febrero de 2021. Ya el TSJ del País Vasco (TSJPV), en su sentencia de 3 de diciembre de 2019, apuntaba en la dirección que ha sido recientemente confirmada por las mencionadas sentencias del TC (8).

En efecto, la sentencia del TSJPV que se reseña en el párrafo anterior, contempla los principios básicos (carácter extraordinario y restrictivo de la acción de anulación, potestad exclusiva del árbitro para valorar la prueba y limitación de la anulación para el caso de que la valoración haya de ser calificada como arbitraria, ilógica o irracional) en los que se fundamenta la decisión del TC (9) y en las Sentencias que aquí comentamos.

Hay, sin embargo, dos aspectos particulares de esta sentencia del TSJPV que conviene tener en consideración a la hora de precisar cuáles son las obligaciones de los árbitros, en punto a realizar una valoración correcta de la prueba que les ha sido sometida.

— La primera de estas particularidades consiste en que, a pesar de que el art. 24.1º CE sí exige la consideración de las alegaciones vertidas en el proceso que sean sustanciales, por vertebrar el razonamiento de las partes, «no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial [en este caso; el Tribunal Arbitral] no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso (STC 91/1995, de 19 de junio)» (10).

Continúa esta sentencia del TSJPV, precisando el derecho de las partes a una valoración razonada y lógica, al decir que «el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto, de modo que alcance a todos los aspectos y perspectivas de la cuestión litigiosa (STC 165/99, de 27 de septiembre)» (11).

— La segunda particularidad de esta sentencia del TSJPV consiste en «dulcificar», en el arbitraje de equidad, las exigencias para apreciar lo que es una valoración lógica y razonada de la apreciación de la prueba por el árbitro, cuando esta sentencia dice: «... siendo exigible la motivación del laudo

arbitral por *mor* del art. 37.4º LA, la misma no puede ser exigida en el laudo arbitral dictado en equidad con el mismo rigor que en una resolución judicial o en un laudo dictado en arbitraje de Derecho» (12).

Las Sentencias que se comentan contienen una serie de ideas coincidentes con las SSTC de junio de 2020 y febrero de 2021, que clarifican y fijan el sistema de control de la valoración de la prueba realizada por el árbitro.

2. Contenido de las «Sentencias»

Pasando ya al estudio de los conceptos jurídicos que aparecen en las dos Sentencias objeto de los presentes comentarios, podemos observar que ambas Sentencias contienen una serie de ideas (es necesario insistir en que dichas ideas son coincidentes con las SSTC de junio de 2020 y febrero de 2021), que clarifican y fijan el sistema de control de la valoración de la prueba realizada por el árbitro.

A) En primer lugar, ambas Sentencias comienzan por fijar los límites y naturaleza de la acción de anulación (se base ésta en una errónea valoración de la prueba por el árbitro o por cualquier otro motivo que pueda fundamentar la interposición de la acción de nulidad). Así la STSJCLM (13) dispone (14) que la acción de anulación

«no es un recurso ordinario ni extraordinario; se trata de un proceso judicial nuevo, de anulación, cuya finalidad es, desde el laudo y en relación con las efectivas pretensiones deducidas por la demandante, realizar un control formal (15) de todo el arbitraje, abarcando el sometimiento de las partes a arbitraje desde la base del convenio arbitral, designación e integración del órgano arbitral, notificación de su designación y control de la actuación arbitral, en los límites y según las normas imperativas, para finalmente controlar si el laudo arbitral puede llegar a ser contrario al orden público —y sin que esta última posibilidad pueda abrir las puertas a un control de fondo del laudo—».

Por su parte la STSJM (16) precisa los fines de la acción de nulidad, al decir que:

«... sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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» (17).

De lo expuesto anteriormente, podemos extraer una primera conclusión; el control que puede ser ejercido por el juez sobre la decisión del árbitro debe revisarse a los aspectos formales del

procedimiento arbitral (incluyendo el laudo, como forma normal de terminación de dicho procedimiento).

La STSJM, contempla (18) la diferencia entre orden público material y orden público formal. Así, citando la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020 establece:

«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» (19).

Por si hubiera alguna duda de que el único tipo de orden público, en el que las partes pueden apoyarse para intentar la anulación del laudo dictado por el árbitro, es el orden público procesal (formal), ya hemos visto (20) que la STSJM establece (21) que;

«La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales , ...» (22)

B) Establecido ya que sólo el orden público procesal puede ser considerado como la causal contemplada en el art. 41.1º.f) LA de una acción de nulidad, pasemos a ver en qué casos sería posible lograr la nulidad del laudo. En otras palabras, que características debe reunir la valoración de la prueba realizada por el árbitro, para que pueda ser considerada como una violación del orden público y dar así a las partes perjudicadas la posibilidad de intentar la anulación del laudo a través del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad.

La STSJCLM establece (23) , de forma repetitiva 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», lo que parece dejar claro la importancia y excepcionalidad de las características que deben concurrir en el laudo (en el caso que nos ocupa, mejor sería decir la valoración de la prueba realizada por el árbitro), para que éste pueda ser anulado por violación del orden público.

Más precisa es la STSJM, ya que, en su P.J. 4º, introduce el supuesto de la ausencia total de valoración de la prueba, cuando dice:

«Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público es necesario 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 Tribunal Arbitral, según 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».

Se ha de precisar que la arbitrariedad podrá darse cuando el árbitro desconozca una norma de prueba legal o tasada (24).

Vemos, pues, que las circunstancias que deben concurrir en el acto de la valoración de la prueba por el árbitro (que sea arbitraria, ilógica, absurda, irracional, fuera de la cabal valoración del árbitro), limitan necesariamente la posibilidad de que el laudo pueda ser anulado por violación del orden público formal —el derecho de las partes a una valoración lógica y razonada de la prueba— a unos supuestos de carácter realmente extraordinario, que, de producirse, habrían de ser anulados por manifiesta violación del orden público, para asegurar el respeto al principio de tutela judicial efectiva, contemplado en el art. 24.1º CE.

Es reiterada en la jurisprudencia la idea de que no se pueden equiparar la acción de nulidad con una segunda instancia. Al Tribunal, que va a revisar el cumplimiento por el laudo de los requisitos formales que deben ser cumplidos por el procedimiento arbitral, «no le compete volver a valorar la prueba, ni, en consecuencia, sustituir el juicio de hecho efectuado por el Árbitro, que ha presenciado la práctica de la prueba y ponderado el acervo probatorio» (25).

Y el Tribunal no puede volver a valorar la prueba, porque dicha valoración corresponde en exclusiva al árbitro. Así se menciona expresamente en un gran número de Sentencias y decisiones de nuestros tribunales, pero en particular en el F.J. 3º de la STSJM, que estamos comentando, cuando, al entender como adecuada la valoración de la prueba realizada por la árbitra, afirma que ésta «practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias, lo que pertenece a la exclusiva íntima convicción de quien debe acometer dicha labor». La STSJCLM (26) abunda en la misma idea, cuando expone que «el art. 25 LA atribuye a los árbitros la potestad de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica y valoración y que aducir *in genere*, como causa de nulidad, la denegación de la práctica de un medio de prueba propuesto por la parte no es admisible...»

Además, la STSJCLM trata de precisar (27) los límites de los derechos de las partes a la presentación y subsiguiente valoración de la prueba de la que intentan valerse. Así, dicha sentencia no entiende que se le conceda a las partes un derecho «absoluto» a la presentación de cuantas pruebas entiendan convenientes, ni a que todas las pruebas presentadas deban ser, necesariamente, valoradas por el árbitro. El derecho irrenunciable de las partes a la admisión de la prueba presentada y a que la misma sea valorada por el árbitro, se limita a aquella prueba que «por útil resulta pertinente para fijar los hechos del debate sometidos por las partes a los árbitros ...».

También con el ánimo de precisar cuáles son los derechos de las partes, en punto a la presentación de pruebas y su valoración por el árbitro, la STSJPV de 3 de diciembre de 2019, ya comentada, aporta una idea de suma importancia para delimitar dichos derechos. En su F.J. 5º entiende aplicable al arbitraje lo que la STC de 19 de junio de 1995 predica de la actuación del órgano judicial, en lo tocante a la apreciación de la prueba, de que «no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el órgano judicial no dé respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones vertidas en el proceso». Matiza, eso sí, la mencionada STC que «el art. 24.1 CE sí exige la consideración de las que sean sustanciales, de las que vertebran el

razonamiento de las partes, al margen de que pueda darse una respuesta sólo genérica, y con independencia de que pueda omitirse esa respuesta, en cambio, respecto de las alegaciones de carácter secundario».

III. CONCLUSIONES

De los textos de las Sentencias STSJCLM y STSJM, cuyos principios inspiradores es necesario buscarlos en las Sentencias del TC de 15 de junio de 2020 y 15 de febrero de 2021, podemos inferir las siguientes conclusiones:

- 1) La acción de nulidad es un procedimiento de carácter extraordinario, que, en ningún caso, puede considerarse como una segunda instancia, que habría permitido al juez entrar a revisar la opinión del árbitro sobre el fondo del asunto.
- 2) La valoración de la prueba está reservada en exclusiva al árbitro, sin que el juez (salvo casos excepcionales que ahora veremos) pueda sustituir la que haya realizado el árbitro por la suya propia.
- 3) En el campo probatorio, el control que puede ser ejercido por el juez sobre las decisiones del árbitro (desde la aceptación o denegación de la prueba hasta la valoración que pueda realizar de la misma) se ha de entender limitado a los aspectos formales del procedimiento.
- 4) Solamente cuando nos encontremos ante un caso de ausencia total de valoración o ésta pueda ser tachada de arbitraria, ilógica, absurda, irracional o voluntarista, podrá el juez proceder a la anulación del laudo dictado en base a esa valoración (o sin haber tenido en cuenta pruebas relevantes para el perfecto conocimiento de los hechos).
- 5) No es necesaria una respuesta específica por parte del árbitro a cuantas pruebas y alegaciones hayan sido presentadas o formuladas por las partes. Sí será necesario, en cambio, que el árbitro explique su valoración de aquellas pruebas que sean determinantes para la fijación de los hechos objeto del debate entre las partes.

Madrid, octubre de 2021

.....

(1) STC 46/2020.

[Ver Texto](#)

(2) STC 17/2021.

[Ver Texto](#)

(3) Estas trascendentales decisiones del TC han dado origen a multitud de trabajos doctrinales, que

estudian las ideas expuestas en las mencionadas sentencias (por todos, *Vid.. LA LEY Mediación y Arbitraje* n.º 6, Especial Monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», n.º 6, 1 de abr. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España).

[Ver Texto](#)

(4) Descriptivo término para definir un exceso en la extensión del control del laudo por el juez utilizado por la STC 15 de junio de 2020.

[Ver Texto](#)

(5) P. 17 Sentencia 15 de junio de 2021.

[Ver Texto](#)

(6) Pág. 18 Sentencia 15 de junio de 2021.

[Ver Texto](#)

(7) Tribunal Superior de Justicia al que corresponde el conocimiento de la acción de anulación del laudo.

[Ver Texto](#)

(8) *Vid.. F.G. Prol*, «¿Hay límites a la revisión de la valoración de la prueba realizada por el árbitro? (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de diciembre de 2019)», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 2, abril-junio 2020.

[Ver Texto](#)

(9) En las SSTC de junio de 2020 y febrero de 2021.

[Ver Texto](#)

(10) STJPV 3 de diciembre de 2019.

[Ver Texto](#)

(11) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(12) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(13) F.J. 1º.

[Ver Texto](#)

(14) Con expresa remisión a lo dispuesto en la STC 15 de febrero de 2021.

Ver Texto

(15) El énfasis es del autor.

Ver Texto

(16) Con expresa cita de la STC 15 de junio de 2020

Ver Texto

(17) F.J. 3º.

Ver Texto

(18) F.J. 3º.

Ver Texto

(19) El énfasis es del autor.

Ver Texto

(20)
Dos párrafos más arriba.

Ver Texto

(21) F.J. 3º.

Ver Texto

(22) El énfasis es del autor.

Ver Texto

(23)
F.J. 1º.

Ver Texto

(24) TSJ Madrid 21 de mayo de 2021.

Ver Texto

(25) *Ibíd.*

Ver Texto

(26) F.J. 4º.

[Ver Texto](#)

(27) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales

Procedural public order and nullity of arbitration awards

El Tribunal de Justicia de Madrid ha dictado tres sentencias en relación con la posible nulidad de un laudo por infracción del orden público procesal. De acuerdo con la doctrina sentada por estas decisiones, para que se anule un laudo por falta de motivación es preciso que ésta haya sido claramente ilógica, arbitraria y absurda, no pudiéndose anular un laudo por ese motivo 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.

Arbitraje, Acción de Anulación, Orden Público Procesal.

The Madrid's High Court of Justice has issued three judgments in relation to the possible nullity of an award for breach of public procedural order. According to the doctrine established by these decisions, for an award to be annulled for lack of reasoning, the award must have been clearly illogical, arbitrary and absurd, and an award cannot be annulled for this reason merely because the conclusions reached by the arbitrator or the arbitration panel are considered, in the eyes of the court, to be erroneous or insufficient.

Arbitration, Request of Annulment, Procedural Public Order.



Fabio Virzi

Abogado de Cases & Lacambra



Laura Martín

Abogada de Cases & Lacambra

I. INTRODUCCIÓN: LOS CASOS ANALIZADOS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

En el presente documento analizaremos tres sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictadas en el marco de procedimientos de nulidad de laudos arbitrales por infracción del orden público procesal.

- i) La primera es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 22/2021 de 27 de abril de 2021, en la que se enjuició un supuesto de nulidad del laudo dictado en un procedimiento arbitral porque se habría impedido a la parte demandada hacer valer su derecho de defensa (al haberse inadmitido su escrito de contestación a la demanda).
- ii) La segunda es la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en fecha 15 de junio de 2021 (sentencia n.º 40/2021), en la que se enjuició la nulidad de un laudo por la falta de notificación de la demanda a la parte demandada.
- iii) Finalmente, nos referiremos a la sentencia dictada por ese mismo Tribunal el día 30 de junio de 2021 (sentencia n.º 49/2021), en la que se enjuició la nulidad de un laudo arbitral por la denegación de pruebas documentales aportadas por la parte demandada y por la supuesta ausencia de motivación del laudo arbitral.

Para entender las decisiones adoptadas en esas sentencias, analizaremos las cuestiones más relevantes relacionadas con el orden público procesal como motivo de nulidad de laudos arbitrales:

II. EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO. EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el orden público español «está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada» (1).

En su sentencia de fecha 26 de mayo de 2000, la Audiencia Provincial de Madrid diferenció el orden público material del procesal en el sentido siguiente:

«Si 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 Feb., 116/1988, de 20 Jun. y 54/1989, de 23 Feb.) desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal» (2).

Así, el orden público procesal se refiere a los derechos fundamentales y a las libertades garantizados por la Constitución (especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE), así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional.

En lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva (regulado en el art. 24 CE) debemos decir que engloba una variedad de derechos de carácter procesal (entre otros, el derecho al acceso al proceso, el derecho a un juez imparcial predeterminado por la ley o el derecho a que las resoluciones judiciales estén motivadas), todos ellos encaminados a evitar la indefensión de las partes en el proceso.

El orden público procesal se refiere a los derechos fundamentales y a las libertades garantizados por la Constitución (especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24), así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional.

Pues bien, el art. 41.1º.f) LA incluye la vulneración del orden público como causa de nulidad del laudo (3), de forma que, en esos casos, los jueces pueden y deben revisar la decisión de los árbitros por expreso mandato legal (art. 41.2º LA).

No obstante, según la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (4), si bien cabe anular excepcionalmente 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 o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior, ello no significa que sea lícito anular un laudo arbitral 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.

Es decir, una demanda de nulidad del laudo fundada en la contravención del orden público no puede llevar al Tribunal a revisar las conclusiones alcanzadas por los árbitros, salvo que estas se revelen manifiestamente ilógicas, arbitrarias o absurdas.

III. APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO PROCESAL POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID EN LAS SENTENCIAS OBJETO DE ANÁLISIS EN ESTE DOCUMENTO

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 22/2021 de 27 de abril de 2021

El caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 22/2021 de 27 de abril de 2021 trae cause de los siguientes hechos:

- Las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de local de negocio en el que se incluyó, entre otras condiciones, una cláusula de sumisión a favor de los Tribunales de Madrid.

- En una fecha que no pudo determinarse, la arrendadora firmó una póliza de seguro (denominada seguro de «alquiler profesional») con la compañía Civex Pólizas en relación con el inmueble arrendado, en la que se contemplaba una sumisión a arbitraje de derecho a favor de una corte arbitral.
- La arrendataria informó al arrendador de que, debido al descenso de las ventas fruto de la Covid-19, iba a abonar menos renta de la acordada.

A la vista de lo anterior, el arrendador presentó una demanda arbitral, demanda de la que se dio traslado a la parte contraria, si bien de forma incompleta (pues no se adjuntó ninguno de los documentos aportados por la parte demandante).

Ello propició que la parte demandada mandase un email a la corte solicitando los documentos aportados junto a la demanda, si bien esa petición nunca fue atendida.

En plazo y forma oportunos, la demandada presentó su contestación haciendo constar, entre otras cuestiones, esa circunstancia.

Pese a la remisión de esa contestación dentro del plazo otorgado, la corte arbitral dictó un laudo teniendo por no efectuadas las alegaciones contenidas en la contestación y por no aportados los documentos que se acompañaban a ese escrito.

Por ello, la parte demandada en ese procedimiento presentó una demanda de nulidad del laudo que fundó, entre otros, en los siguientes motivos: (i) inexistencia de convenio arbitral; e (ii) indefensión, habida cuenta de que la corte arbitral tuvo por no presentada la contestación a la demanda pese a haberse presentado en plazo.

Pues bien, tras analizar los motivos que pueden llevar a que se decrete la nulidad de un laudo, el Tribunal Superior de Justicia decidió estimar la demanda arbitral por los siguientes motivos:

- i) En primer lugar, porque las partes no suscribieron una cláusula de sumisión a arbitraje. La única cláusula de ese tipo se incluyó, como hemos visto, en una póliza de seguro *«que no aparece suscrita por el demandado»* y que *«carece de fecha»*. De ambas carencias, el Tribunal deduce una *«falta de voluntad inequívoca»* de las partes de someterse a arbitraje. Añade el Tribunal que esa sumisión tampoco puede presumirse en el sentido establecido por el art. 9.5º LA que establece 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 negada por la otra»*. Según el Tribunal, en el presente caso *«no se acredita la existencia de demanda afirmativa del arbitraje, a la que hubiese seguido el oportuno silencio o aquiescencia de la parte demandada»*.
- ii) En segundo lugar, por vulnerar la corte arbitral el orden público *«al recortar el plazo de alegaciones concedido a la parte demandada arbitral en un día»*, lo que propició que acordase inadmitir la contestación a trámite de forma injustificada. Con este modo de proceder, el Tribunal considera que se ha ocasionado indefensión a la parte demandada. En este sentido, establece el Tribunal que *«el grado de indefensión provocado por el árbitro a la parte que ahora*

impugna el laudo dictado alcanza la naturaleza material, al negar el acceso al procedimiento — y por lo tanto a la toma en consideración — de unas alegaciones que había presentado dentro del plazo que ampara la ley».

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 40/2021 de 15 de junio de 2021

El caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 40/2021 de 15 de junio de 2021 trae causa en un contrato de arrendamiento en el que, entre otras condiciones, se fijaron dos domicilios a efectos de notificaciones: con carácter principal, la finca alquilada y, subsidiariamente, una vivienda familiar.

Tras la presentación de la demanda arbitral (presentada, en ese caso, por la arrendadora), la corte arbitral intentó emplazar a la demandada (la arrendataria) en la vivienda alquilada al objeto de que compareciese en el procedimiento y contestase a la demanda.

Al no encontrar a nadie en ese domicilio (y pese a que se había dispuesto otro domicilio a efectos de notificaciones en el contrato de arrendamiento), la corte acordó seguir con el procedimiento y decidió declarar a la demandada en situación de rebeldía procesal.

Pues bien, en su sentencia de 15 de junio de 2021, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tras analizar el concepto de orden público, estimó la demanda de nulidad del laudo por considerar vulnerado el orden público procesal al no haberse notificado la demanda arbitral *«de acuerdo con las previsiones explícitas contenidas en el contrato de arrendamiento»* objeto de este procedimiento arbitral. En este sentido, llama poderosamente la atención del Tribunal que *«constando con palmaria nitidez en el contrato un domicilio alternativo para la recepción de notificaciones (se dice que es el domicilio familiar) no se hubiese practicado el emplazamiento de la hoy actora en este domicilio y se sostenga en la comparecencia arbitral en la que se la declara en rebeldía que ha sido notificada en debida forma con arreglo a lo estipulado en el contrato».*

Según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, esa decisión ha *«producido verdadera indefensión»* a la parte demandada que se vio privada de poder comparecer en el marco del procedimiento arbitral y hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 49/2021 de 30 de junio de 2021

Finalmente, en el caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 49/2021 de 30 de junio de 2021, se presentó una demanda de nulidad del laudo dictado por un tribunal arbitral creado *ad hoc* por los siguientes motivos:

- Vulneración del orden público, por la denegación total, indebida e inmotivada de la práctica de determinadas pruebas.
- Vulneración del orden público, por la falta del debido traslado de la totalidad de los escritos presentados, así como de las comunicaciones del demandante con los árbitros, si bien la parte demandada en el arbitraje manifestó desconocer *«el alcance de la indefensión generada, al desconocer qué escritos y correos no le han sido trasladados».*

- Vulneración del orden público, por la falta de motivación del laudo.

Pues bien, en ese caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió desestimar la demanda de nulidad por considerar:

- Que no se vulneró el orden público con la denegación de prueba, ya que el tribunal arbitral manifestó que *«nada aportarán a la acreditación de los hechos debatidos»*. Según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, esa respuesta *«podría haber sido más extensa y precisa»* pero *«explica por qué se inadmite, por lo que no se puede calificar de arbitraria»*, motivo por el que *«no se aprecia que la parte demandante, en su condición de demandada en el procedimiento arbitral (...) haya sido colocada en situación de desequilibrio procesal»*.
- Que no concurre la nulidad que se funda en el supuesto falta del debido traslado de la totalidad de los escritos presentados, así como de las comunicaciones del demandante con los árbitros, porque, según el Tribunal, esa causa de nulidad es *«una mera afirmación — sospecha — sin sustrato probatorio alguno, insuficiente para sustentar el motivo de nulidad formulado, por lo que debe ser desestimado de plano»*.
- Que el laudo no es infundado pues *«el Tribunal Arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitral acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución»* añadiendo que

«el árbitro ha desarrollado un esquema argumental claro y preciso» y *«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, que por otra parte no se revele ni ilógico, ni arbitrario, ni absurdo o representativo de una mera apariencia vacua de dicha motivación, por lo que debe ser refrendada por esta Sala»*.

En este sentido, el Tribunal recuerda que, según la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 15 de marzo de 2021,

«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 o irracional; cuando se haya infringido normas legales imperativas (...) Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral (...) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sea considerados, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otra bien diferente».

IV. CONCLUSIONES

A la vista todo lo anterior, podemos concluir que la vulneración del orden público procesal (porque se haya ocasionado algún tipo de indefensión a una de las partes, por ejemplo) es motivo de nulidad del

laudo arbitral.

En concreto, y en relación con los supuestos analizados anteriormente, esa vulneración se produciría, por ejemplo (i) cuando se impida a alguna de las partes acceder y defenderse debidamente en el marco del procedimiento; o (ii) cuando se declare a la parte demandada en situación de rebeldía procesal sin que ésta haya sido emplazada de manera adecuada.

No obstante, la denegación de pruebas, siempre y cuando sea justificada, aunque sea mínimamente, no es motivo de nulidad del laudo.

Además, para que se anule un laudo por falta de motivación es preciso que ésta haya sido claramente ilógica, arbitraria y absurda, no pudiéndose anular un laudo por ese motivo 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.

En caso contrario, se estaría dando cabida a que, por la vía de la anulación del laudo, el órgano judicial revisara el fondo del asunto, lo que pondría en riesgo a la institución del arbitraje, tal y como había venido sucediendo con la línea de decisión seguida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que mantuvo un concepto abierto y flexible de orden público como motivo de anulación del laudo. Y ello hasta que el Tribunal Constitucional (en las sentencias referidas anteriormente) delimitó esa posibilidad, dando así un espaldarazo al arbitraje en nuestro país.

.....

(1) STS Civ 1ª, n.º 54/2002 de 5 Feb. 2002, Rec. 2563/1996, [LA LEY 3384/2002].

[Ver Texto](#)

(2) SAP Madrid 14ª, 26 mayo 2000.

[Ver Texto](#)

(3) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE-A-2003-23646.

[Ver Texto](#)

(4) SSTC 46/2020, de 15 de junio de 2020; 17/2021, de 15 de febrero de 20 y 65/2021, de 15 de marzo de 2021.

[Ver Texto](#)

SENTENCIAS SELECCIONADAS



Sobre la impugnación del laudo parcial y la vulneración del orden público como causa de anulación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 29 de diciembre de 2020

On the challenge to the partial award and the violation of public policy as a ground for annulment

El presente comentario sobre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 37/2020, de 29 de diciembre de 2020, se centra en el análisis de la infracción del orden público como motivo de anulación del laudo, con referencia especial al deber de motivación, todo ello a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Igualmente, se analizan las consecuencias de la falta de impugnación del laudo parcial.

Arbitraje, Acción de anulación, Laudo parcial, Orden público

The present commentary of the Judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Madrid number 37/2020, dated on 29 of December of 2020, focuses on the analysis of the infringement of the public policy as a cause of annulment of the arbitral award, with special reference to the duty of motivation, in the light of the recent doctrine of the Tribunal Constitucional. Likewise, this paper analyses the consequences of the lack of challenge of the partial arbitration award.

Arbitration, Action for annulment, Partial award, Public policy



Sergio Sánchez Gimeno

I. ANTECEDENTES DEL CASO

La Sentencia n.º 37/2020, de 29 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en lo sucesivo, la «Sentencia») desestimó una demanda en la que se ejercitaba la acción de anulación del laudo dictado por un árbitro único en un arbitraje administrado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

En el caso sometido al Tribunal, el arbitraje tuvo por objeto el ejercicio de la acción de impugnación de un acuerdo social adoptado el 25 de enero de 2017 por la Junta General de la sociedad demandada, al amparo de un convenio arbitral que figuraba en sus estatutos. En particular, el acuerdo impugnado aprobó la retribución de uno de los administradores mancomunados consistente en una cantidad fija de 600 euros mensuales y una participación del 10% en los beneficios antes de impuestos. La impugnación se fundó en la falta de constancia estatutaria de la retribución y, en definitiva, en la vulneración del art. 217.1º del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital (LSC). En el procedimiento arbitral, la parte demandada alegó que la acción estaba caducada porque, en el momento en el que recibió el requerimiento de inicio del arbitraje, había transcurrido el plazo de un año de caducidad previsto por el art. 205 de la LSC. Como segunda objeción, la parte demandada alegó que el acuerdo social impugnado había sido sustituido, tácitamente, por otro de julio de 2018, por el que se modificaban los estatutos de la sociedad, reconociendo a los administradores el derecho a percibir una retribución en la cuantía que estableciera la Junta General y una retribución variable consistente en el 10% de los beneficios líquidos. En la misma línea, alegó que el acuerdo social adoptado por la Junta General de la sociedad en diciembre de 2019, al amparo de la previsión estatutaria y en cumplimiento del art. 217.3º LSC, había establecido un límite máximo a la retribución variable a percibir por los administradores de 5.500 euros.

El árbitro dictó laudo parcial en junio de 2019, desestimando la excepción de caducidad planteada por la parte demandada con el argumento de que la parte actora había remitido tres burofaxes a la demandada requiriendo la designación de árbitro antes del transcurso del plazo de caducidad de un año. En apoyo de este argumento, el laudo parcial recordaba que, según el art. 27 de la Ley 30/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), el arbitraje se entenderá iniciado desde el momento en el que la parte demanda haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, y que, de conformidad con el reglamento de la institución arbitral, las comunicaciones debían entenderse efectuadas en el día en el que fue intentada su entrega.

En el laudo final, dictado en septiembre de 2019, el árbitro estimó la acción de impugnación, declarando nulo el acuerdo, por entender que era contrario al art. 217.1º LSC. En el razonamiento de esta decisión, consideró que el acuerdo social de julio de 2018 no había sanado el vicio de nulidad del acuerdo impugnado de enero de 2017 porque no preveía su efecto retroactivo. Además, el árbitro estimó que el acuerdo impugnado vulneraba el límite establecido por el art. 218.3º LSA, en la medida en que la participación en los beneficios el 10% se calculaba sobre los obtenidos antes de impuestos

y no sobre los beneficios líquidos a los que se refiere la citada norma.

La parte demandada en el arbitraje ejercitó la acción de anulación, impugnando tanto el laudo parcial como el final, alegando como motivo de nulidad, en ambos casos, la infracción del orden público *ex art. 41.1º.f) LA*.

La parte demandante en el arbitraje formuló la excepción de cosa juzgada frente a la impugnación del laudo parcial, alegando que no había sido impugnado tempestivamente. En lo que se refiere al fondo, se opuso a la demanda con fundamento en la doctrina constitucional sobre el restringido alcance de los motivos de anulación del laudo y, en particular, del relativo al orden público.

II. LA SENTENCIA

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid objeto de este comentario desestimó la demanda de anulación.

Antes de entrar en el análisis de los motivos de anulación, la Sentencia desestimó la excepción de caducidad de la acción de anulación interpuesta contra el laudo parcial.

Entrando en el fondo del asunto, la Sentencia comienza su razonamiento con una exposición general, con apoyo en la doctrina previa de la Sala y en la doctrina del Tribunal Constitucional (1) sobre el limitado alcance del control del laudo que puede realizarse a través de la acción de anulación. En este sentido, invoca el principio de mínima intervención jurisdiccional en el arbitraje, fundado en la autonomía de la voluntad y subraya la necesidad de que los motivos de anulación sean interpretados de forma restrictiva y de que, en última instancia, la revisión quede limitada a un control externo de las garantías formales.

En lo que se refiere al orden público como motivo de nulidad, la Sentencia señala que debe quedar circunscrito a la vulneración *«de 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 el art. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artículo 9.3 de la Constitución»*.

Centrando el análisis en la impugnación del laudo parcial que declaró que la acción no estaba caducada con fundamento en la vulneración del orden público, la Sala parte de la premisa de que, tratándose de un asunto cuya decisión entra en el ámbito de competencia del árbitro, no es procedente entrar a valorar el acierto de su decisión—. No obstante, con cita de la STSJ de Madrid 67/2014, de 15 de diciembre, señala que *«en sus facultades de revisión del laudo arbitral tachado de nulo, solo puede analizar, en relación con la motivación del laudo, si se ha vulnerado o no el art. 24 CE, en su vertiente al derecho a la tutela judicial efectiva, valorando si la Junta Arbitral ha llevado a cabo o no una interpretación irrazonable, ilógica o arbitraria del dies a quo para el cómputo de plazo»*. Según la Sala, la cuestión ha de analizarse desde la perspectiva del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional (2). Partiendo de estas coordenadas, la Sala considera que la decisión del árbitro según la cual, la acción no estaba caducada por las razones que se han expresado anteriormente, se produce en el ámbito de

competencia que le es propio, no es irrazonable, es respetuosa con la interpretación no rigorista y favorable al ejercicio de la acción sostenida por la doctrina del Tribunal Constitucional y, en última instancia, no es contraria al plazo previsto por el art. 205 LSC.

En lo que se refiere a la alegación de nulidad por contrariedad al orden público del laudo final y, en definitiva, de la decisión de estimación de la acción de impugnación del acuerdo social, la Sala comienza señalando que, dado el limitado alcance del procedimiento de anulación, no puede entrar a valorar la corrección jurídica de dicha decisión. Yendo más allá, a fin de dar respuesta a la alegación del demandante de anulación, que vincula el orden público a la infracción del art. 204.2º LSC, la Sala entiende que la interpretación del árbitro, según la cual, el acuerdo de julio de 2018 tenía efectos *ex nunc* y que, no habiéndose previsto su eficacia retroactiva, no podía subsanar el vicio de nulidad del acuerdo impugnado de enero de 2017, es razonable y, por ello, no cabe considerar vulnerado el orden público.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

No es objeto de este comentario el análisis de las decisiones de fondo adoptadas por el árbitro en los laudos contra los cuales se ejercitó la acción de anulación.

Con todo, como también deja traslucir la Sentencia analizada, en líneas generales, dichas decisiones pueden considerarse acertadas.

Así, es razonable, a la luz de las reglas que eran aplicables al arbitraje, la conclusión del árbitro según la cual, la acción de impugnación del acuerdo social no estaba caducada porque la actora había dirigido a la sociedad demandada sucesivos burofaxes manifestando su voluntad de iniciar el procedimiento arbitral días antes de expirar el plazo del año computado desde la adopción del acuerdo impugnado, aun cuando las comunicaciones fueran recibidas con posterioridad a ese momento.

Del mismo modo, desde una perspectiva de derecho material, puede compartirse, igualmente, la conclusión, según la cual, el acuerdo impugnado, consistente en la aprobación de una retribución no prevista en los estatutos, era nulo por contrario al art. 217.1º LSC, sin que fuera sanado por un acuerdo posterior de modificación de estatutos que operaba hacia el futuro y no tenía eficacia retroactiva. Ciertamente, puede admitirse la ratificación de una retribución no amparada en los estatutos por un acuerdo posterior, a condición de que cumpla los requisitos legales. No obstante, en el caso que nos ocupa, el acuerdo posterior no ratificó el anterior, sino que se limitó a modificar los estatutos, obviamente, a falta de declaración en contrario, con efectos a partir de dicha modificación. De ahí que, en el caso analizado, no pudiera atribuirse efecto sanador al acuerdo posterior ni, mucho menos, como, al parecer, alegó la parte demandante de la acción de anulación, que el acuerdo posterior hubiera sustituido al impugnado, dado que sus objetos eran diferentes —en un caso, aprobación de una concreta retribución y, en otro, modificación de estatutos con introducción de una previsión estatutaria relativa a la remuneración de los administradores—.

En cualquier caso, dadas las limitaciones legales de la acción de anulación del laudo arbitral, ha de

considerarse que el posible acierto del árbitro en la resolución de la controversia no fue la razón determinante de la desestimación de la acción de anulación, sino la falta de concurrencia del motivo de impugnación alegado —infracción del orden público—.

El presente comentario se centrará en dos cuestiones que tienen que ver con el control judicial del arbitraje. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de impugnar el laudo parcial fuera de plazo, acumulando la impugnación en la misma demanda de anulación planteada contra el laudo final. La segunda se circunscribe al significado y alcance del orden público como motivo de nulidad del laudo, con algunos aspectos singulares en el caso de la caducidad de la acción.

IV. EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA FALTA DE IMPUGNACIÓN, EN PLAZO, DEL LAUDO PARCIAL

Fiel al principio de flexibilidad del procedimiento que informa la regulación establecida por la LA, el art. 37.1º faculta a los árbitros para resolver la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como consideren necesarios (3) .

Como expresamente manifiesta la Exposición de Motivos de la LA, los laudos parciales, en lo referido a la cuestión que resuelven, tienen el mismo valor y efectos que los laudos definitivos. En consecuencia, pueden ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de anulación (4) , en el plazo de dos meses por los motivos contemplados legalmente (art. 41 LA), siéndoles también de aplicación el efecto de cosa juzgada (art. 43 LA) (5) .

Un principio parecido puede verse en el art. 22.1º LA, que faculta a los árbitros para decidir sobre las excepciones «*cuya estimación impida entrar en el fondo del asunto*». La decisión que adopten sobre el particular podrá ser impugnada mediante el ejercicio de la acción de anulación (art. 22.3º LA), cuya tramitación, en el caso de que hayan desestimado la excepción, no suspenderá el procedimiento arbitral (art. 22.3º LA).

Cabe concluir, en definitiva, que la decisión adoptada por los árbitros en el laudo parcial, con independencia de que resuelva cuestiones de fondo o excepciones procesales, será invariable y vinculará a las partes en el caso de que no ejerciten, en plazo, la acción de anulación (6) .

En el caso objeto de este comentario, se ejercitó de forma acumulada en una misma demanda la acción de anulación contra el laudo parcial, que desestimó la excepción de caducidad, y contra el laudo final, que estimó la acción de impugnación del acuerdo social.

En el momento de interposición de la demanda de anulación ya había transcurrido el plazo de dos meses para el ejercicio de la acción de anulación del laudo parcial, lo que dio lugar al planteamiento por la parte demandada de la excepción de cosa juzgada.

La Sentencia objeto de este comentario rechazó la excepción y consideró que podía entrar en el fondo de la acción de anulación ejercitada contra el laudo parcial porque el motivo de anulación planteado en la demanda —infracción del orden público— no pudo ser planteado en la contestación

a la demanda de arbitraje. Adicionalmente, la Sentencia señala que la contrariedad al orden público es apreciable de oficio *ex art.* 41.2º LA.

La primera razón que da la Sentencia para desestimar la excepción, si lo hemos entendido bien, parte de la premisa lógica de que la cosa juzgada solo puede extenderse a las cuestiones resueltas y a aquellas que pudieron haber sido alegadas en su momento. El razonamiento parte, sin embargo, de un equívoco. Es obvio que la impugnación se funda en un defecto del mismo laudo —la supuesta infracción del orden público— que, por ello mismo, no puede ser planteado en la contestación a la demanda de arbitraje. Ello no permite, sin embargo, alegar dicho defecto en cualquier momento, con el argumento de que, por la razón expuesta, no le afecta la cosa juzgada del laudo. La realidad es que tal defecto solo puede ser combatido a través de la acción de anulación del laudo ejercitada en plazo, debiendo entenderse consentido y con efectos de cosa juzgada, en otro caso.

La segunda razón tampoco puede ser acogida. Es cierto que la infracción del orden público puede ser apreciada de oficio por el Tribunal. No obstante, la realidad es que el Tribunal no realizó un control de oficio, sino que analizó un motivo de anulación a instancia de parte, fuera del plazo previsto legalmente, que le llevó a la conclusión de que, en contra de lo alegado por el demandante, no se había vulnerado el orden público. Por otro lado, no parece que el control de oficio pueda extenderse a decisiones que tienen fuerza de cosa juzgada.

Finalmente, es oportuno destacar que, en el caso, se había ejercitado la acción de anulación tanto contra el laudo final como contra el parcial. Por ello, en lo referido a la impugnación del laudo parcial, podría haberse hecho valer la excepción de caducidad de la acción de anulación, sin perjuicio de recurrir al argumento de la cosa juzgada (7). De cualquier manera, tanto la extemporaneidad de la acción sujeta a un plazo de caducidad (8) como la vulneración de la cosa juzgada son apreciables de oficio por el Tribunal, como debió haber sucedido en el caso que nos ocupa.

V. LA INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE ANULACIÓN DEL LAUDO A LA LUZ DE LA DOCTRINA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EN PARTICULAR, SOBRE EL DEBER DE MOTIVACIÓN DEL LAUDO

En poco más de un año, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en tres ocasiones sobre el orden público previsto por el art. 41.1º.f) LA como causa de anulación del laudo arbitral —en particular, STC 46/2020, de 15 de junio, STC 17/2021, de 15 de febrero y STC 65/2021, de 15 de marzo—. Es común a las tres sentencias el haber resuelto recursos de amparo interpuestos contra sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que habían estimado la acción de anulación del laudo con fundamento en la infracción del orden público.

Las sentencias citadas, sin apartarse de la doctrina que ya venía recogida en otras anteriores del Tribunal Constitucional, han servido para delimitar mejor los contornos del sistema de control judicial del arbitraje. Y, así, aun admitiendo que el laudo arbitral es un equivalente jurisdiccional, es decir, que produce un efecto de cosa juzgada igual al de las resoluciones judiciales, han puesto de manifiesto las diferencias existentes en lo que se refiere al sistema de garantías y a su fundamento y han acabado de perfilar el motivo de nulidad del laudo fundado en el orden público.

El punto de partida de la doctrina condensada en dichas sentencias es la consideración de que el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. La opción por el arbitraje presupone que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, han decidido someterse a la decisión de un árbitro para la resolución de sus posibles controversias. En última instancia, como expresamente indica el Tribunal Constitucional, el sometimiento al arbitraje entronca con la autonomía de la voluntad (9) (art. 10.1º CE) y con la libertad del individuo (art. 1.1º CE) (10).

Dicha decisión implica, en paralelo, una renuncia a la jurisdicción de los órganos judiciales del Estado para la resolución de las controversias de las partes y, en última instancia, una renuncia, si se quiere, transitoria y limitada al ámbito del procedimiento arbitral, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Como indica la misma doctrina del Tribunal Constitucional, las garantías del procedimiento arbitral no se fundamentan en la tutela judicial efectiva, sino que derivan de su propia configuración legal (11). Así, el respecto de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en el procedimiento arbitral no constituye una exigencia constitucional, sino que deviene obligatoria por aplicación de una regla legal (art. 24 LA). Lo mismo cabe decir del deber de motivación del laudo previsto por el art. 37 LA. La configuración que el legislador ha realizado del arbitraje deja, en cualquier caso, un amplio margen de juego a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que es coherente con el propio fundamento de la institución.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha recordado que «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, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)». De ahí que, quienes se han sometido voluntariamente a un procedimiento arbitral han renunciado, en ese concreto marco, a las garantías inherentes a la tutela judicial efectiva (12) que, sin embargo, vuelven a entrar en juego en el marco de los procedimientos que pueden seguirse ante los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones de apoyo que les ha encomendado el legislador, precisamente porque, en ese caso, se trata de una actuación genuinamente jurisdiccional. No obstante, las facultades que puedan corresponderles en dichos procedimientos judiciales deberán ceñirse a lo que resulte de su configuración legal.

El principio de intervención mínima debe proclamarse con especial intensidad en la delimitación de la facultad de control que la LA otorga a los órganos judiciales a través de la acción de anulación del laudo

En relación con este último asunto, ha de notarse que el legislador ha facultado a los órganos judiciales del Estado para desarrollar determinadas funciones de apoyo del procedimiento arbitral — nombramiento de árbitros, práctica de la prueba y medidas cautelares—, control a través de la

acción de anulación y de ejecución y cumplimiento de las decisiones arbitrales. Ello es una manifestación del reconocimiento del arbitraje por parte del legislador como sistema alternativo a la jurisdicción para la resolución de las controversias entre particulares y no un mecanismo de tutela que parte de la sospecha inicial sobre su eficacia o idoneidad (13). El respeto a la propia esencia del arbitraje y, en última instancia, a la autonomía de la voluntad de las partes exige, por ello, que dichas facultades queden limitadas a lo que sea indispensable para cumplir la función que les es inherente. De ahí que uno de los ejes rectores de la configuración legal del arbitraje sea el de intervención mínima de los órganos judiciales (14).

El principio de intervención mínima debe proclamarse con especial intensidad en la delimitación de la facultad de control que la LA otorga a los órganos judiciales a través de la acción de anulación del laudo. En su configuración legal, la acción de anulación está fundada en motivos tasados que, como reiteradamente han subrayado doctrina y jurisprudencia, incluida la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (15), deben ser objeto de interpretación estricta. En última instancia, la revisión del laudo por un órgano judicial debe circunscribirse a la valoración relativa a la arbitrabilidad de la materia, a la existencia y validez del convenio arbitral y al cumplimiento de las garantías formales del procedimiento.

El motivo de anulación que ha generado más problemas de interpretación y el que, con mayor frecuencia, suele invocarse en el ejercicio de la acción de anulación es el relativo a la infracción del orden público referido en el ap. f) del art. 41 LA. Tratándose el orden público de una cláusula abierta de contornos imprecisos, ha sido invocado con frecuencia y aplicado de forma inadecuada, llegando a fundamentar un auténtico control sobre el fondo de las decisiones arbitrales, incluyendo el acierto en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho que desnaturaliza la institución y es contrario a la propia configuración legal del arbitraje. En esta línea se enmarca la interpretación extensiva del orden público que patrocinó en los años precedentes el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y a la que ha puesto fin la doctrina del Tribunal Constitucional a la que nos referimos (16).

La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 46/2020, de 15 de junio, invocando doctrina anterior, define el orden público 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 (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».

La cuestión no suscita demasiadas dudas en lo que se refiere al orden público material, integrado los

derechos fundamentales y los principios esenciales de rango constitucional o admitidos internacionalmente que operan en el plano material, pero es más problemática en lo que se refiere a los llamados *principios necesarios* del ordenamiento jurídico procesal.

Refiriéndose a dichos principios, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 17/2021, de 15 de febrero, reiterando lo ya dicho por la Sentencia 46/2020, manifestó que

«la acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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».

Debe recordarse, sin embargo, que el mismo Tribunal Constitucional ha indicado, de forma reiterada, que no son aplicables al arbitraje las garantías procesales que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que lleva a concluir, de forma necesaria, que el art. 24 CE no se integra en el orden público al que se refiere el art. 41 f) LA (17) .

En esta línea, la Sentencia 9/2005, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional indicó que *«la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas — con el carácter de derechos fundamentales, del art. 24 CE»* (18) .

En la reciente Sentencia n.º 65/2021, de 15 de marzo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE, sino que constituye una exigencia derivada de la configuración legal del arbitraje, lo que le lleva a concluir que *«la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público»* (19) .

Podría entenderse que, al margen del derecho a la tutela judicial efectiva, están integrados en el orden público los principios esenciales del proceso debido, en línea con lo que se ha considerado en la práctica internacional, considerando contrarios al mismo los supuestos en los que se genera auténtica indefensión a las partes (20) .

No obstante, ha de notarse que las infracciones de carácter procesal pueden encajarse, sin dificultad, en otros motivos de anulación previstos por la LA distintos del orden público. Así, la vulneración de los principios de igualdad, audiencia y contradicción y, en general, la vulneración del derecho de defensa puede invocarse a través del motivo de anulación previsto en el apartado b) del art. 41, mientras que la incongruencia está prevista en el ap. c) (21) . Finalmente, el apartado d) del art. 41 LA, como cajón de sastre, contempla como motivo de anulación la infracción de las normas del procedimiento establecidas por voluntad de las partes o, en su defecto, en la misma ley (22) . Es razonable entender, por ello, que las infracciones que puedan afectar al procedimiento arbitral deben ser denunciadas a través de dichos motivos de anulación, reservando el motivo previsto en el ap. f) LA a la infracción del orden público material, en sentido estricto (23) . No obstante, parece razonable entender que la infracción de los principios esenciales del proceso debido, y en particular, la vulneración del derecho de defensa podría, también, tener encaje en la vulneración del orden

público (24) .

En particular, la infracción del deber de motivación del laudo (25) puede tener encaje en el apartado b) del art. 41 LA, si ha producido indefensión o, en última instancia, en el ap. d) del citado artículo.

Llegados a este punto, resta por indicar el criterio a utilizar para determinar si el laudo infringe el deber de motivación. Con carácter previo, es oportuno señalar las diferentes funciones que cumple el deber de motivación en el laudo arbitral y en las resoluciones judiciales. En las resoluciones judiciales, el deber de motivación pretende asegurar el sometimiento de los jueces a la legalidad y constituye una garantía frente a la arbitrariedad, erigiéndose, en última instancia, como una pieza fundamental en el control a través del sistema de recursos previstos por la ley. El deber de motivación del laudo tiene una finalidad más restringida, limitada a informar a las partes de cuáles son las razones de la decisión y de garantizar la calidad de la decisión (26) , evitando, en cualquier caso, la arbitrariedad (27) , pero no cumple función alguna en lo referido al control de fondo, en la medida en que, sin perjuicio de la acción de anulación y por los restringidos motivos que contempla la LA, no cabe recurso alguno. Precisamente por ello, el contenido del deber de motivar es diferente en uno y otro caso.

Es claro, por otro lado, que el control del deber de motivación no permite determinar si el laudo es conforme a derecho o enjuiciar la correcta valoración de la prueba (28) .

A partir de ahí, cabe concluir que el control del cumplimiento del deber de motivación a través de la acción de anulación del laudo debe limitarse al aspecto formal y externo, circunscrito a verificar si ha existido motivación, en definitiva, si el laudo expone las razones de la decisión. Como han subrayado las SSTC 17/2021, de 15 de febrero, y 65/2021, de 15 de marzo, no es necesaria una argumentación convincente, exhaustiva o suficiente. En consecuencia, solo se infringe el deber cuando no existe motivación o cuando esta última es irrazonable, arbitraria o haya incurrido en error patente, apreciable sin necesidad de un mayor esfuerzo argumental.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En líneas generales, las conclusiones que alcanza la Sentencia comentada, que le llevan a desestimar la demanda de anulación son correctas en la medida en que, tanto el laudo parcial, que desestimó la excepción de caducidad de la acción, como el laudo definitivo, que estimó la acción de impugnación del acuerdo social, están motivados y sus razonamientos no pueden considerarse ilógicos, arbitrarios o incursos en error patente. Desde esta perspectiva, el control realizado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ajustó a los estrictos términos dibujados por la doctrina constitucional que se acaba de exponer.

No obstante, aun cuando, finalmente, no tuvo consecuencias, cabe manifestar alguna discrepancia con el criterio aplicado por la Sentencia, que le llevó a admitir la posibilidad de analizar, de nuevo, una cuestión que había sido resuelta por un laudo parcial impugnado fuera de plazo y que, por ello, tenía efectos de cosa juzgada.

También puede realizarse alguna matización en lo referido a los argumentos que emplea la Sentencia para fundamentar el limitado alcance del control que puede realizarse a través de la acción de anulación.

En particular, la Sentencia parece partir de la tesis de que la falta de motivación puede constituir una infracción del orden público si supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Ya se ha indicado, sin embargo, que como afirma la STC 65/2021, de 15 de marzo, el deber de motivación del laudo tiene una configuración legal y su infracción no puede vulnerar el art. 24 CE.

Por otro lado, no es aplicable al arbitraje el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y, por ello, no cabe valorar la decisión del árbitro, contraria a la caducidad de la acción, aplicando el criterio no rigorista y favorable al ejercicio de la acción que ha sostenido el Tribunal Constitucional.

Finalmente, aunque la afirmación pueda ser correcta, tampoco es adecuado sostener la razonabilidad de la decisión del árbitro argumentando que no es contraria al art. 205 LSC, porque, como ya se ha indicado y, en realidad, sostiene la misma Sentencia, el acierto del árbitro en la aplicación del Derecho no es fiscalizable a través de la acción de anulación del laudo.

BIBLIOGRAFÍA

- CANALS, R., «La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 2, pp. 547 ss.
- CONTHE, M., «Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015», *Diario la Ley*, n.º 8514, 2015.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Medios alternativos y constitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11, 2007, pp. 15-26.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Motivación del laudo arbitral», *Anuario de Arbitraje*, 2018, pp. 90 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Riesgos en la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, n.º 8537, 2015.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., «La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 1, pp. 206 ss.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., «El control del laudo», *Curso de derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BENITO LLOPIS, M. de, «El orden público como causa de denegación de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: criterios para su aplicación práctica» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 11-2005, pp. 120ss.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor,

Civitas — Thomson — Reuters, 2014.

MONSERRAT, A., «La anulación del laudo arbitral», *Boletín de la Real Academia y Legislación de las Illas Balears*, n.º 16, 2015, pp. 295 ss.

REMÓN, J., «La acción de anulación», en *Veinticinco años de arbitraje en España*, Libro conmemorativo de la Corte civil y Mercantil de Madrid, Madrid, 2015, pp. 255 ss.

REMÓN, J., «Orden público y acción de anulación», *Anuario de Arbitraje*, 2017, pp. 415 ss.

RIVAS, G., «La motivación de los laudos en España. Análisis crítico de la regulación», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, 3, pp. 727 ss.

SALA, P., «El principio de intervención mínima en el arbitraje y sus principales manifestaciones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, 2, pp. 333 ss.

SÁNCHEZ GIMENO, S., «La falta de independencia e imparcialidad de los árbitros designados por las partes como motivo de anulación del laudo», *Anuario contencioso para abogados*, La Ley, 2011, pp. 1006 ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 687 ss.

VÉLEZ, M. y GÓMEZ-IGLESIAS, L., «La anulación de los laudos arbitrales por vulneración del orden público», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 43, 2026.

YÁÑEZ, R., *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ZARAGOZA, S., «El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 2, pp. 555 ss.

.....

(1) Se citan las SSTC 62/91, 228/93, 259/93 y 136/96.

[Ver Texto](#)

(2) SSTC 76/2012 y 209/2013.

[Ver Texto](#)

(3) Vid.. R. Yáñez, *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 675-676.

[Ver Texto](#)

- (4) A. Monserrat, «La anulación del laudo arbitral», *Boletín de la Real Academia y Legislación de las Illas Balears*, n.º 16, 2015, p. 295; R. Hinojosa Segovia, «La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 1, p. 206.

[Ver Texto](#)

- (5) La Exposición de Motivos indica que «*el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable*».

[Ver Texto](#)

- (6) Ese es el criterio aplicado por nuestros tribunales en supuestos de laudos parciales que habían resuelto excepciones procesales, esto es, en el marco del art. 22 LA. En esta línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 3/2019 de 3 de mayo rechazó la posibilidad de impugnar el laudo final con fundamento en la inexistencia de convenio arbitral, porque se trataba de una cuestión ya resuelta, previamente, por un laudo parcial frente al cual se había ejercitado, en su momento, la acción de anulación que fue, finalmente, desestimada. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 5/2018 de 30 mayo rechazó, igualmente, la posibilidad de impugnar el laudo final por infracción del orden público con fundamento en la existencia de una prejudicialidad penal que, en su momento, ya había sido rechazada por un laudo parcial no impugnado en su momento. A idéntica conclusión llegó el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante la sentencia n.º 41/2017, de 6 junio (AC 2017\1483), al desestimar uno de los motivos de anulación del laudo fundado, también, en la infracción del orden público por considerar que la cuestión — negativa a suspender el procedimiento por prejudicialidad penal— ya había sido resuelta en un laudo parcial anterior que tampoco había sido impugnado.

[Ver Texto](#)

- (7) Como recuerda J. Remón, el Tribunal Constitucional (STS 288/1993) ha declarado que la anulación producida en virtud de una acción presentada fuera de plazo es contrario al efecto de cosa juzgada del laudo y, consiguientemente, vulnera el derecho fundamental a la tutela del favorecido (*vid.* «Orden público y acción de anulación», *Anuario de Arbitraje*, 2017, p. 415, nota 15).

[Ver Texto](#)

- (8) Por todas, Sentencia del TSJ Madrid n.º 10/2017, de 1 de febrero (AC 2017/1761).

[Ver Texto](#)

- (9) J. Remón, *loc. cit.*, p. 411-412; P. Cruz Villalón, «Medios alternativos y constitución», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 11, 2007, p. 20.

[Ver Texto](#)

- (10) STC 65/2021, de 15 de marzo.

[Ver Texto](#)

- (11) J. Remón, *loc. cit.*, p. 414; S. Sánchez Gimeno, «La falta de independencia e imparcialidad de los

árbitros designados por las partes como motivo de anulación del laudo», *Anuario contencioso para abogados*, La Ley, 2011, p. 1006.

[Ver Texto](#)

(12) P. Cruz Villalón, *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

(13) J. Remón, señala que «De ser un riesgo, una patología disfuncional, pasará a convertirse en un instrumento de control por motivos estrictamente tasados, en una garantía» («La acción de anulación» en *Veinticinco años de arbitraje en España*, Libro conmemorativo de la Corte civil y Mercantil de Madrid, Madrid, 2015, p. 255).

[Ver Texto](#)

(14) J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson — Reuters, 2014, pp. 643-644; P. Sala, «El principio de intervención mínima en el arbitraje y sus principales manifestaciones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, 2, pp. 333 ss.

[Ver Texto](#)

(15) STJUE 26 de octubre de 2008, asunto C-168/05 (*Mostaza Claro*).

[Ver Texto](#)

(16) El Tribunal Superior de Justicia de Madrid inició, en el año 2015, una línea interpretativa del orden público que fundamentó una auténtica revisión de fondo del laudo arbitral, a la que han venido a poner fin las citadas sentencias del Tribunal Constitucional; para más referencias, *vid.* J.C. Fernández Rozas, «Riesgos en la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *Diario La Ley*, n.º 8537, 2015; M. Conthe, "Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015", *Diario la Ley*, n.º 8514, 2015; M. Vélez y L. Gómez-Iglesias, «La anulación de los laudos arbitrales por vulneración del orden público», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 43, 2026; R. Canals, «La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 2, pp. 547ss; S. Zaragoza, «El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, 2, pp. 555 ss; «En torno a la nulidad del laudo por insuficiencia de motivación» (tribuna), *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, n.º 3, pp. 657 ss en referencia a la sentencia del TSJ de Madrid n.º 1/2018, de 8 de enero, que fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero.

[Ver Texto](#)

(17) No obstante, J. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, *op. cit.*, p. 766.

[Ver Texto](#)

(18) Sobre el particular, *vid.* S. Sánchez Gimeno, «La falta de independencia e imparcialidad de los árbitros», *loc. cit.*, pp. 1005-1006.

[Ver Texto](#)

(19) Se ha señalado en la doctrina que el deber de motivar el laudo tiene un fundamento legal y no entronca con el derecho fundamental a la tutela judicial; así, G. Rivas, «La motivación de los laudos en España. Análisis crítico de la regulación», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, 3, p. 727; en el mismo sentido, «Orden público y acción de anulación», *loc. cit.*, p. 417; no obstante, J.C. Fernández Rozas, considera que, en los supuestos de motivación irracional, manifiesta arbitrariedad o ausencia total de motivación, cabe entender vulnerado el orden público por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (*cf.*, «Motivación del laudo arbitral», *Anuario de Arbitraje*, 2018, pp. 90 y 92).

[Ver Texto](#)

(20) *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, «Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 687 ss; A. López de Argumedo y M. de Benito, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 11-2005, pp. 120 ss en referencia a los criterios relativos a la definición del orden público como causa de denegación de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros condensados en los informes emitidos por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la *International Law Association*. De acuerdo con dichos criterios, serían contrarios al orden público, entre otros, los laudos dictados por árbitros no imparciales, los dictados en un procedimiento en el que se ha infringido en principio de igualdad de las partes o los contrarios a una decisión arbitral o judicial anterior de carácter firme (*ibíd.*, p. 122).

[Ver Texto](#)

(21) R. Hinojosa Segovia, «El control del laudo», *Curso de derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 221.

[Ver Texto](#)

(22) *Ibíd.*, p. 222.

[Ver Texto](#)

(23) Plantea esta tesis J. Remón, «Orden público y acción de anulación», *loc. cit.*, pp. 416-417.

[Ver Texto](#)

(24) R. Hinojosa, R., «El control del laudo», *loc. cit.*, p. 223.

[Ver Texto](#)

(25) Puede verse una exposición detallada en J.C. Fernández Rozas, «Motivación del laudo arbitral», *loc. cit.*, pp. 51 ss.

[Ver Texto](#)

(26) G. Rivas, «La motivación de los laudos en España. Análisis crítico de la regulación», *loc. cit.*, p. 759.

[Ver Texto](#)

(27) J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, p. 58.

[Ver Texto](#)

(28) *Ibíd.*, p. 78.

[Ver Texto](#)

La falta de motivación del laudo como motivo de anulación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 4 de mayo de 2021

Failure to state reasons for the award as a ground for annulment: Judgment of the Superior Court of Justice of Madrid

La decisión comentada se alinea con la nueva doctrina del Tribunal Constitucional que ha limitado la invocación del orden público como motivo de anulación apropiado para impugnar la falta de motivación del laudo, al considerar la exigencia de motivación un requisito de legalidad ordinaria no impuesta por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Ello no es óbice para controlar dicha motivación cuando su exigencia se contiene imperativamente en las normas aplicables al procedimiento arbitral. De hecho, el TSJ realiza una valoración positiva de la racionalidad y suficiencia de la motivación, que no es compartida por el magistrado que firma el voto particular. En este extenso voto, el magistrado disidente lleva a cabo un control de fondo de la motivación y, en particular, en la valoración de la prueba, que no delimita adecuadamente cuestiones procesales y sustantivas, pues la omisión de determinados elementos de prueba por el tribunal arbitral se justificaba en la regla *parole evidence rule*, como característica del sistema de interpretación de los contratos en las leyes de Nueva York.

Arbitraje, Acción de anulación, Motivación del laudo, Doctrina del Tribunal Constitucional

This decision is in line with the new doctrine of the Constitutional Court, which has limited the invocation of public policy as an appropriate ground for annulment to challenge the failure to state reasons for the award, considering the requirement to state reasons to be a mere legal requirement not imposed by the *due process* principle (art. 24 EC). This is not an obstacle to controlling reasoning when its requirement is imperatively contained in the rules applicable to the arbitration procedure. In fact, the Superior Court of Justice of Madrid makes a positive assessment of the reasonableness and sufficiency of the reasoning, which is not shared by the judge who signs the dissenting opinion. In this extensive particular vote, the dissenting judge carries out a substantive review of the reasoning and, in particular, of the assessment of the evidence, which is based on a confusion between procedural and substantive issues, since the omission of certain elements of evidence by the arbitral tribunal was justified by the *parole evidence rule*, as a characteristic of the system of interpretation of contracts under New York law.

Arbitration, Action for annulment, Motivation of the award, Doctrine of the Constitutional Tribunal



Sixto A. Sánchez Lorenzo

1. Se refiere el recurso de anulación que da lugar a la decisión comentada a un laudo dictado en un arbitraje administrado por la *London Court of International Arbitration* con sede en Madrid. La disputa oponía a dos empresas españolas en relación con la interpretación de un contrato internacional de suministro de gas natural licuado, sujeto a las leyes de Nueva York, con distintos puntos de entrega, en particular acerca de la asunción de los costes derivados para el transporte por sucesivos pasos por el Canal de Panamá. La interpretación del tribunal arbitral impone a la demandante en el recurso de anulación la obligación de abonar el importe de paso por el Canal por cada viaje, multiplicado por dos (ida y vuelta), con independencia de que ese tránsito fuera real o ficticio. El recurso de anulación se sustenta en la vulneración del «orden público procesal» [art. 41.1º letra f) de la LA y art. 24 CE], por error manifiesto en la interpretación de las cláusulas 12.2.3 del contrato conforme a la ley aplicable, omisión de determinados medios de prueba y motivación arbitraria.
2. La Sala recuerda, en primer término, que el recurso de anulación no es una instancia de apelación que permita reexaminar el análisis del tribunal arbitral ni su decisión y, siguiendo muy de cerca la doctrina contenida en las sentencias TC 46/2020, de 15 de junio 17/2021 de 15 de febrero, y 55/2021 y 62/2021 de 15 de marzo de 2021, delimita *a priori* el alcance del concepto de orden público procesal:

«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» (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). «La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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».

A renglón seguido centra su análisis en la alegación de falta de motivación y la enfoca asimismo desde los parámetros de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: el art. 24 CE solo exige la motivación de las decisiones judiciales, mientras que la motivación de los laudos arbitrales no deriva de lo establecido en este precepto, sino que es una exigencia puramente legal emanada, en el sistema español, de lo dispuesto en el art. 37.4º LA, que podría ser modificada legalmente sin merma de las exigencias inconstitucionales. Con ello, la obligación de motivación se erige en un requisito de puro «orden público interno», sin fundamento ni interferencia por el art. 24 CE. Como requisito legal, si procede la aplicación de la Ley de Arbitraje y «el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera».

3. El recurso en realidad pone sobre el tapete, bajo una sola rúbrica de «falta de motivación», tres argumentos distintos. El primero tiene que ver con una manifiesta omisión o aplicación irrazonable

de la ley aplicable elegida por las partes, a la sazón el Derecho de Nueva York. Semejante omisión o, siguiendo el concepto de la jurisprudencia norteamericana, *manifest disregard of the law*, ampararía en todo caso un recurso de anulación por la vía de la letra d) del art. 41.1º LA, al prescindir del acuerdo de las partes en la emisión del laudo, sujeto a las leyes de Nueva York, pero no encuentra acomodo en la causal del orden público invocada por la Demandante en el procedimiento de anulación.

El tribunal arbitral interpretó el contrato en todo momento por referencia a leyes de Nueva York elegidas por las partes, con mayor o menor acierto, por lo que no había motivo alguno para invocar una presunta inaplicación de la ley aplicable al fondo elegida por las partes

La omisión o sustitución por parte del tribunal arbitral de la ley aplicable al fondo elegida por las partes constituye una inobservancia esencial del mandato de las partes. En un primer término, debe despejarse la duda acerca de si los árbitros han incumplido su obligación de decidir conforme a Derecho y no con base en la equidad (1). Un laudo que decide en equidad cuando debía hacerlo en Derecho debe ser anulable, y el único parámetro que habilita tal decisión es la necesidad de que el arbitraje de Derecho esté aparente o expresamente fundado en normas jurídicas, con independencia de que hayan sido aplicadas o no correctamente. La jurisprudencia alemana es particularmente ilustrativa de esta restricción [*v.gr.*, sent. *OLG Frankfurt* de 26 de octubre de 1983 (2) y sent. *BGH* de 29 de septiembre de 1985 (3)]. En consecuencia, cuando existe una elección por las partes del Derecho aplicable, el árbitro está obligado a justificar sus fundamentos jurídicos en el Derecho elegido por las partes o, en otro caso, a dejar constancia del motivo de su inaplicación, que puede estar justificado, por ejemplo, en su contrariedad con principios o normas de orden público internacional (4).

Los casos más característicos a menudo resultan sospechosos de cierta «occidentalización» de los árbitros y de sus decisiones, prescindiendo sin muchos miramientos de las cláusulas de elección de Derechos correspondientes a sistemas africanos, orientales o de países en vías de desarrollo, que las hacen vulnerables a la crítica (*v.gr.*, Laudo CCI n.º 5030/1992). La posibilidad de anulación es clara si los árbitros motivan su decisión en un Derecho estatal distinto al elegido por las partes, o dejan de aplicar un Derecho no estatal preciso escogido por las partes, sin un motivo justificado (5).

En el presente caso, es evidente que el tribunal arbitral interpretó el contrato en todo momento por referencia a leyes de Nueva York elegidas por las partes, con mayor o menor acierto, por lo que no había motivo alguno para invocar una presunta inaplicación de la ley aplicable al fondo elegida por las partes.

4. El segundo argumento alude a la omisión de determinados medios de prueba. Se trata de una alegación que afecta asimismo a la necesidad de motivación del laudo. Cuando esta es exigible, no

se circunscribe a los razonamientos sobre el fondo, sino también a la determinación de las circunstancias fácticas (6). Como señala la SAP Barcelona 14ª 5 de febrero de 2004, «[l]a motivación es la exigencia formal que debe reunir toda sentencia en cuanto que debe expresarse en la misma las razones de hecho y de derecho que la fundamentan, es decir, el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión o fallo». Ciertamente, la mayoría de los sistemas requieren que el laudo contenga una referencia a tales circunstancias fácticas, pero la motivación fáctica del laudo exige algo más que una mera referencia a los hechos. Implica que el laudo debe reseñar los hechos que han sido probados y que se vinculan a los fundamentos jurídicos, y debe existir asimismo un mínimo principio de valoración de la prueba o, si se quiere, de justificación de por qué el árbitro considera dichos hechos como probados. Sin embargo, la ausencia de revisión de fondo del laudo no permite poner en cuestión la valoración de la prueba por el árbitro, a menos que resulte abiertamente irracional o arbitraria. Pero las partes tienen derecho a conocer qué hechos consideran los árbitros como probados y por qué. Solamente así quedará garantizado el ejercicio de sus derechos de defensa y, en particular, la posibilidad de articular un recurso o la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo. En suma, el principio de motivación del laudo se extiende por igual a los hechos y al Derecho, a menos que, como ocurre con la legislación rusa, la propia normativa limite dicha motivación, estrictamente, a los fundamentos sustantivos del laudo. Ciertamente, la exigencia de motivación 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 su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero).

Las cláusulas de integralidad y el propio principio de la *parole evidence rule* tratan, en realidad, de procurar una descontextualización subjetiva del contrato, evitando considerar la conducta de las partes antes y durante la ejecución del contrato, que es precisamente en lo que insiste el magistrado disidente.

En realidad, en el presente caso, la invocación de la omisión en la consideración de las pruebas es inseparable de la cuestión de fondo relativa a la interpretación del contrato conforme a la ley aplicable, y no se refiere tanto a las circunstancias fácticas como a los elementos a tener en cuenta en la cuestión de fondo, esto es, en la interpretación del contrato. En efecto, la sentencia del TSJ de Madrid deja ver que uno de los fundamentos del laudo es la interpretación literal del contrato, que no se considera ambiguo, sin consideración de elementos externos de prueba: «*el Tribunal Arbitral está convencido de haber cumplido plenamente con las leyes de Nueva York. En este sentido se destaca que dichas leyes disponen asimismo que no deben considerarse las pruebas extrínsecas*». Este principio responde a la regla *parole evidence rule*, del Derecho anglosajón, que se explica en un informe

pericial que cita la propia sentencia (7) . Tal restricción probatoria, aunque sujeta a excepciones y límites, es característica del sistema de interpretación de los contratos en el Derecho angloamericano, por lo que su calificación es sustantiva y nunca procesal y debe regirse por la *lex contractus*: «es una regla de Derecho sustantivo, no procesal o de prueba» como señala el TSJ (8) . En consecuencia, la omisión de determinados medios de prueba exógenos al contrato, tal y como pretende la Demandante en el recurso de anulación, es consustancial con el régimen de interpretación del contrato conforme al Derecho de Nueva York, o al menos así lo consideró el tribunal arbitral legítimamente. Por lo demás, la sentencia añade que el tribunal arbitral sí tuvo en cuenta y analizó los argumentos o pruebas extrínsecas invocadas, llegando a la conclusión de su inoperancia, en particular porque el contrato incluía además una cláusula de integración o integralidad, que eliminaba los documentos negociales como fuente de obligaciones distintas a las establecidas en el contrato final escrito. En suma, el tribunal arbitral no omitió prueba alguna. Se limitó a no dar relevancia a elementos negociales o probatorios distintos al contrato finalmente escrito, en aplicación de la *parole evidence rule* y de la cláusula de integración pactada.

Conviene notar cómo el magistrado que firma su voto particular, tratando de justificar la arbitrariedad del razonamiento del laudo arbitral, se basa en una interpretación contextual del contrato que en realidad impone una cultura interpretativa propia de los sistemas continentales, en busca de la verdadera intención y no de la intención revelada. Las cláusulas de integralidad y el propio principio de la *parole evidence rule* tratan, en realidad, de procurar una descontextualización subjetiva del contrato, evitando considerar la conducta de las partes antes y durante la ejecución del contrato, que es precisamente en lo que insiste el magistrado disidente. En el modelo del *common law*, la interpretación concontextualizada se refiere, en realidad, a parámetros esencialmente objetivos y circunstanciales, con el único fin de dar a las palabras vertidas por las partes el significado que les daría, en el preciso momento de contratar y en la misma situación objetiva, una persona razonable de la misma condición que los contratantes. Es cierto que lo que es muy claro en el Derecho inglés no lo es tanto en el Derecho norteamericano, más cercano del modelo interpretativo de los sistemas romano—germánicos, pero en todo caso se trata de una cuestión de apreciación o a lo sumo de un error en la aplicación o comprensión del Derecho aplicable que no justifica la revisión del laudo.

5. Por último, en cuanto a la motivación sustancial, destacan dos afirmaciones en la sentencia: la primera, es que existe una motivación razonable por parte del tribunal, con independencia de su corrección:

«El examen del laudo permite afirmar que contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el Tribunal Arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto la parte demandante como la parte demandada, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y contestación a la misma».

La segunda, que la presunta arbitrariedad del razonamiento del tribunal, que equivaldría a falta de motivación, no ampara la invocación del orden público. La Sala constata que no se han invocado infracciones del 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, en definitiva, los aspectos que integrarían el orden público como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal (el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba)»,

y sobre todo que el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE y, como consecuencia, el apoyo de la demanda de anulación, en consideraciones referentes a una cuestionada vulneración de la tutela judicial efectiva, derivada del art. 24 CE, deviene ineficaz, singularmente cuando se vincula a cuestiones de fundamentación y valoración de la prueba.

El planteamiento del TSJ es perfectamente ajustado a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: no cabe invocar la falta de motivación del laudo arbitral por la vía del orden público. El magistrado disidente emite un voto particular, ya reiterado en otros casos, que trata de justificar esta vía de control y hacerla compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional. Sobre la base del principio de equivalencia jurisdiccional, el magistrado no admite que pueda existir una decisión con efecto de cosa juzgada equivalente a una sentencia judicial que pueda estar inmotivada, porque tal posibilidad supondría una vía de escape para los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 CE. Sobre este postulado, pretende en primer lugar una lectura conjunta de los arts. 36 y 37 para tratar de justificar que la única excepción a este deber de motivación vendría a ser el laudo transaccional, y que únicamente en este sentido cabe leer la referencia de la doctrina constitucional al carácter legal de la exigencia de motivación de los laudos arbitrales.

Semejante interpretación no se sostiene a la luz de la jurisprudencia constitucional y sus consecuencias, por otra parte, serían nefastas para el comercio internacional. Conviene, a este respecto, hacer una referencia comparada, partiendo del siempre sugestivo modelo francés. En Francia, conforme a la exigencia genérica de motivación contenida en el art. 1482 del Código de Procedimiento Civil francés, la motivación en el arbitraje doméstico se considera una exigencia de «orden público», que implica en caso contrario la nulidad del laudo arbitral (9). Pero esta regla aplicable al arbitraje interno cede, en el arbitraje internacional, ante la voluntad de las partes, por *mor* de la excepción genérica del art. 1506 del Código de Procedimiento Civil. Ya en los años cincuenta la jurisprudencia francesa había establecido esta distinción, pues haber considerado la exigencia de motivación, sin más, como un criterio de orden público internacional hubiese impedido el reconocimiento de laudos arbitrales ingleses o norteamericanos, por entonces ambos exentos de motivación. Así lo señaló H. Motulsky analizando la sentencia del *Tribunal civil de Nancy* de 29 de enero de 1958 en el asunto *Elmassian*, confirmada por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 14 de junio de 1960 (10).

En efecto, la exigencia de motivación del laudo arbitral es el principio legal más extendido en el Derecho comparado. Pero algunos sistemas jurídicos e instituciones arbitrales, entre ellos el modelo norteamericano, parten del principio contrario, esto es, de la presunción de no motivación del laudo. Y, lo que es más relevante, la inmensa mayoría de los sistemas comparados no solo admiten que el principio de motivación se pueda exceptuar en caso de laudo transaccional, sino cuando las partes

acuerden renunciar a la motivación del laudo (11) . Muy pocos países, además de España (Andorra, Hungría, Noruega) limitan la excepción al deber de motivación a los laudos transaccionales. Si tal deber se interpreta, como pretende el magistrado disidente, como una cuestión de orden público internacional o constitucional, y no como una exigencia legal aplicable a los arbitrajes domésticos o con sede en España, el resultado sería la denegación del reconocimiento y ejecución de cualquier laudo extranjero no motivado, dictado al amparo de una legislación que no exija el deber de motivación o lo contemple con un carácter renunciante. Ciertamente tal no es el criterio que deba prevalecer en el sistema español: la renuncia legítima a la motivación del laudo arbitral se contempla además en el art. 8 del Convenio de Ginebra de 1961, del que es parte España, que introduce pues un argumento muy claro de que la sumisión a arbitraje puede legítimamente conllevar una renuncia al deber de motivación comprendido como garantía de defensa en el sentido del art. 24 CE, en la línea de la interpretación generalizada y lógica de la doctrina constitucional. Tal precepto confirma que la exigencia del art. 37.4º LA es puramente legal y no constitucional, pues de lo contrario el art. 8 del Convenio de Ginebra devendría inconstitucional y debería ser inmediatamente denunciado.

6. Un segundo argumento del magistrado disidente para justificar la invocación del orden público constitucional procesal contra una decisión arbitrariamente motivada se ampara en la referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional al hecho de que cuando se habla del deber de motivación de sentencias y decisiones arbitrales nada impide que *«se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control»*, de forma 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»*. Las consecuencias que extrae el magistrado disidente de que el canon de apreciación de la exigencia de motivación de laudos y sentencias pueda ser el mismo no son de recibo. Que se aplique el mismo canon para saber cuando un laudo o una sentencia están o no motivados y que ese canon emane básicamente de los criterios constitucionales derivados del art. 24 CE, no significa que tal canon sea de aplicación a los laudos por motivo del orden público procesal. El propio voto disidente revela el error de planteamiento del magistrado cuando reconoce que

«[s]in embargo, cuando la STC 65/2021 vincula el deber de motivación del Laudo con el art. 10 CE —aunque su control judicial sea el del art. 24.1º CE—, vierte una afirmación cuyo eventual alcance general no acierto a precisar, reconociendo mi limitación al respecto: 'la motivación del Laudo se ajusta a un parámetro 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».

La lectura correcta es la siguiente: la motivación del laudo no es una cuestión de orden público, sino una exigencia puramente legal, de manera que solo es exigible en la medida en que una disposición con rango de Ley, el art. 37.4º LA lo exige. La aplicación de la Ley española depende, en realidad, en la mayoría de casos, de la voluntad de las partes. Las partes, en un arbitraje internacional como el que se discute, podrían haber escogido, por ejemplo, Nueva York en lugar de Madrid, como sede del arbitraje, conforme a las reglas de la AAA. En Estados Unidos no solo las legislaciones arbitrales

(*Federal Arbitration Act, Uniform Arbitration Act*) no recogen la obligación de motivación, sino que el propio Tribunal Supremo ha establecido que los árbitros no están obligados a proporcionar los motivos de su laudo: «*Arbitrators have no obligation to the court to give their reasons for an award*» (12). Este principio se ha mantenido incluso en buena parte de los pocos Estados de la Unión que han incorporado la Ley Modelo, y se refleja en reglamentos institucionales particularmente relevantes, como las *Commercial Arbitration Rules* de la *American Arbitration Association*, cuya Regla 46 b) únicamente contempla la motivación del laudo a requerimiento de las partes o si el árbitro lo considerara necesario. Si el laudo se hubiese dictado en Nueva York sería reconocido sin que pudiera anteponerse la excepción de orden público internacional. Ahora bien, si las partes han decidido optar por un arbitraje con sede en Madrid, tal elección implica, tácitamente, la sujeción a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje española y, en consecuencia, una voluntad por las partes de que el laudo sea motivado. A esta circunstancia se refiere la doctrina constitucional: la exigencia de motivación no proviene de una regla de orden público procesal (art. 24 CE) ni de la aplicación imperativa y extraterritorial del art. 37.4º LA, sino de la propia voluntad de las partes de que el laudo sea motivado.

En tal caso, se plantea si las partes pueden recurrir en anulación si el laudo no ha sido motivado o presenta un razonamiento arbitrario, absurdo o irracional equivalente a la no motivación. La respuesta es positiva, pero no por la vía del orden público [letra f) del art. 41.1º LA], sino por la letra d) de dicho precepto, en la medida en que no se han respetado por los árbitros las reglas sobre el dictado del laudo, que forma parte esencial del procedimiento arbitral. Esta causal de control de la ausencia de motivación basada en un mandato tácito de motivación del laudo por las partes se encuentra, por ejemplo, en la sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* en su sentencia de 15 de mayo de 1997 (13). Con carácter más general, se entiende en otros sistemas que la ausencia de motivación conlleva la omisión de las reglas sobre el procedimiento arbitral establecido por las partes directamente o a través de la jurisdicción primaria o *lex arbitri*, en la medida en que estas reglas exijan la motivación del laudo (14). En el ámbito del reconocimiento de laudos extranjeros, la inobservancia de la obligación de motivación acordada por las partes ha activado en algunos casos la causa de denegación prevista en el art. V.1º d) del Convenio de Nueva York (15). Debe notarse que esta posibilidad es más amplia en la medida en que hace posible tener en cuenta la motivación requerida por una *lex arbitri* que puede no haber sido elegida ni designada por las partes, sino a través, por ejemplo, de la designación de una sede arbitral por la institución administradora. Por esta razón, en casos en que la *lex arbitri* ha sido determinada por las partes [*ad ex. sent. Cour de Cassation* (1^{ère} Ch. Civ.) de 22 de noviembre de 1966 (*Gerstlé*)] cabe la duda de si la causal tiene más que ver con el mandato de las partes que con la vulneración de la *lex arbitri*, y si la decisión sería semejante si la *lex arbitri* respondiera a una determinación ajena a la voluntad de las partes.

En consecuencia, el cauce de invocación correcto en caso de laudo no motivado no es el orden público, sino la vulneración de las normas del procedimiento arbitral acordadas expresa o tácitamente por las partes o establecidas a falta de acuerdo por la propia ley española (16). Admitida esta vía de impugnación del laudo, la cuestión estriba entonces en establecer cuál es el criterio o canon hermenéutico que debe utilizarse para concluir que el laudo no está motivado. Solo una vez llegados a este punto cabe incorporar la afirmación del Tribunal Constitucional, en el sentido

de que el laudo arbitral se considerará no motivado aplicando los mismos criterios que se utilizan, constitucionalmente, para delimitar cuándo una sentencia judicial no está motivada (17). La aplicación de los mismos cánones constitucionales explica por qué en una gran mayoría de sistemas, que no contemplan una causal específica para la motivación del laudo, el control de dicha motivación se ha realizado a partir de los cánones constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, asociando de alguna manera tal control al orden público procesal. Pero la doctrina constitucional en España es clara: el orden público no es el cauce idóneo para impugnar la falta de motivación del laudo, lo que no descarta que la parte demandante hubiese podido formular los mismos argumentos para que el TSJ controlase, como de hecho hace, la existencia de motivación, sobre la base de la vulneración en otro caso de las reglas del procedimiento arbitral.

7. Establecido el cauce idóneo, la discusión entre el parecer mayoritario y el voto disidente sobre la cuestión de fondo, a saber, la presencia o no de un laudo motivado, sigue siendo legítima. Ocurre, sin embargo, que la invocación de la arbitrariedad en la motivación no puede poner en cuestión la libre apreciación de la prueba por parte del árbitro, ni tampoco se le exige señalar por qué motivos ha dado mayor importancia a una prueba que a otra. Tampoco pone en entredicho la motivación fáctica el hecho de que el árbitro haya desestimado la admisión de una determinada prueba. Por lo demás, el caso litigioso no planteaba una omisión de pruebas en realidad, sino en qué medida determinados hechos o conductas de las partes en la ejecución del contrato y ciertos documentos negociales debían ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar la letra del contrato. Corrigiendo el criterio del tribunal arbitral, el magistrado disidente simplemente se inmiscuye en una cuestión de fondo, relativa al alcance de la interpretación del contrato en el Derecho de Nueva York, revisando el fondo de una decisión suficientemente motivada, aunque dicha motivación o lectura de las leyes de Nueva York hubiese sido errónea. Tampoco parece que el laudo arbitral incurriera en contradicciones flagrantes que pusieran en riesgo la posibilidad de reconocer su *ratio dicendi*. Es más, el propio voto disidente revela con claridad que tal *ratio dicendi* era clara, aunque no fuera del gusto del firmante. No conviene olvidar, además, que una leve contradicción en los motivos no puede considerarse como una vulneración de la exigencia de motivación, mientras que una contradicción flagrante, al menos sobre los motivos que amparan la parte dispositiva del laudo, que impida conocer en realidad su *ratio dicendi*, equivale a una motivación carente de racionalidad o arbitraria, en la medida en que resulta incomprensible. En la práctica, un análisis comparativo refleja que es realmente excepcional que quepa anular un laudo por una contradicción en los motivos del laudo, que debería saltar a la vista o ser absolutamente manifiesta. Que el voto disidente emplee treinta páginas, es decir, casi el triple que la propia sentencia, a tratar de revelar tales contradicciones se antoja ya como un indicio de que la contradicción en la motivación no resultaba tan evidente, y que lo que contiene el voto es, sencillamente, una revisión de fondo de una *ratio dicendi* meramente no compartida.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary on the New York Convention)*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 296 ss.

ADOLPHSEN, J., «§ 1061», *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, 3ª ed., Múnich, CH Beck,

2008

BERMANN, G.A., «International Arbitration and Private International Law (General Course of Private International Law)», *Recueil des Cours*, vol. 381, 2015, pp. 293 ss.

BOLLEE, S., «L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre International», *Rev. arb.*, 2016/3, pp. 695 ss.

CORDERO-MOSS, G., «Limitations of Party Autonomy in International Commercial Arbitration», *Recueil des Cours.*, vol. 372, 2014, pp. 197-208.

FRANCESSAKIS, Ph., «Des sentences arbitrales non motivées», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 297-312.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters-Kluwer, 2021, pp. 147 ss.

LOQUIN, E., *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, París, Librairie Technique, 1980.

MOTULSKY, H., «L'exequatur des sentences arbitrales non motivées», *Écrits*, t. 2, París, Dalloz, 1974, p. 413 ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «La interpretación del contrato», *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., Cizur Menor, Cívitas/Thomson-Reuters, 2016, pp. 240 ss.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «La motivación del laudo», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Cívitas-Thomson/Reuters, 2020, pp. 722 ss.

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", *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*», Madrid, Wolters-Kluwer, 2021, pp. 227-230.

SERAGLINI, Ch., «Livre V.: Le contentieux du commerce international. Titre III: L'arbitrage commercial international», *Droit du commerce international (sous la dir. de J. Béguin et Michel Menjuq)*, París, Litec, 2005, pp. 1.046 ss.

SILBERMAN, L. y FERRARI, F., «Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong», *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 312 -313.

.....
(1)

V.gr., Sentencia. de la *Superior Court* de Montreal en el asunto *Louis Dreyfus & Cir. v Holding Tusculum*

(2008), QCCS 5903

[Ver Texto](#)

(2) *RIW*, 1984, p. 400

[Ver Texto](#)

(3) *RIW*, 1985, p. 970

[Ver Texto](#)

(4) *Vid.* L. Silberman y F. Ferrari, «Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong», *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 312 -313; S. Bollée, «L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre International», *Rev. arb.*, 2016/3, pp. 695-697; Ch. Seraglini, «Livre V: Le contentieux du commerce international. Titre III: L'arbitrage commercial international», *Droit du commerce international (sous la dir. de J. Béguin et Michel Menjucq)*, París, Litec, 2005, pp. 1.046-1047

[Ver Texto](#)

(5) *Vid.* las reflexiones al respecto de G.A. Bermann, «International Arbitration and Private International Law (General Course of Private International Law)», *Recueil des Cours*, vol. 381, 2015, pp. 293-296; asimismo las más escépticas de G. Cordero-Moss, «Limitations of Party Autonomy in International Commercial Arbitration», *Recueil des Cours*, vol. 372 , 2014, pp. 197-208

[Ver Texto](#)

(6) *vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, «La motivación del laudo», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Cíctas-Thomson/Reuters, 2020, pp. 722-723

[Ver Texto](#)

(7) *Vid.* sobre el particular, S. A. Sánchez Lorenzo, «La interpretación del contrato», *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3ª ed., Cizur Menor, Cíctas/Thomson-Reuters, 2016, pp. 240-243

[Ver Texto](#)

(8) *Vid.* en este sentido y para más detalle, S. A. Sánchez Lorenzo, *ibid.*, pp. 279-280.

[Ver Texto](#)

(9) *V.gr.*, sentencia *Cour de Cassation* (Civ., 1ª) de 3 de diciembre de 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:C101421 (*Bulletin*, 2014, I, p. 199)

[Ver Texto](#)

(10) *Vid.* «L'exequatur des sentences arbitrales non motivées», *Écrits*, t. 2, París, Dalloz , 1974, p. 413 ss.; Ph.

Francescakis, «Des sentences arbitrales non motivées», *RCDIP*, 1960, p. 297-312. En el mismo sentido .
E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, París, Librairie Technique, 1980, p. 203

[Ver Texto](#)

(11)

Vid. para un análisis más extenso S. A. Sánchez Lorenzo, «La motivación...», *loc.cit., op. cit.*, pp. 715-719

[Ver Texto](#)

(12) *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel Car Corp*, 363 US, 1960, 598; *vid.* también *Michael P. Pfeifle v Chemoil Corporation*, 73 Fed Appx, 720, 722 (5th Cir. 2003); *Gray v. Noteboom*, 159 S.W.3d 750, 754; *Thomas v. Prudential Sec., Inc.*, 921 S.W.2d 847; *Valentine Sugars, Inc. v Donau Corp.*, 981 F.2d 210, 214 (5th Cir. 1993); *Anderman/Smith Operating Co. v Tenn. Gas Pipeline Co.*, 918 F.2d 1215, 1219 n.3 (5th Cir. 1990).

[Ver Texto](#)

(13) *Sermi et Hennion v. Ortec*, *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 558 y Nota Ph. Fouchard.

[Ver Texto](#)

(14) *Vid.* J. Adolphsen, «§ 1061», *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, 3^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2008

[Ver Texto](#)

(15) *Vid.* AA .VV., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary on the New York Convention)*, Wolters Kluwer , 2010, pp. 296-297

[Ver Texto](#)

(16) *Vid.* R. Hinojosa Segovia, «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters-Kluwer, 2021, pp. 147-148

[Ver Texto](#)

(17) *Vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, «La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la 'equivalencia jurisdiccional del arbitraje'», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid , Wolters-Kluwer, 2021, pp. 227-230»

[Ver Texto](#)

Pretensión revisoria de Laudos arbitrales amparada en la invocación formal de causales de anulación. El difícil anclaje de la impugnación de laudos por incumplimiento del deber de revelación

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 11 mayo 2021

Claim for review of arbitral awards based on the formal invocation of causes of annulment. The difficult anchorage of the challenge of awards for breach of the duty of disclosure

Infracción de los principios generales aplicables en el ordenamiento civil como causa de vulneración del orden público material. Calificación judicial del examen efectivo arbitral de los principios generales como manifestación de la motivación del laudo. Apreciación judicial de la existencia de motivación y de la inexistencia de infracción del orden público.

Infracción de las garantías del procedimiento arbitral con fundamento en la omisión de la valoración de la prueba por el árbitro. Indebida conversión del proceso judicial de anulación en una segunda instancia. La omisión del deber de revelación de circunstancias que afecten a la independencia y a la imparcialidad del árbitro y su anclaje en motivos de anulación del laudo. Referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje como manifestación de la autonomía de la voluntad y medio heterónomo de resolución de conflictos, configurado legalmente y no sujeto a las exigencias del art. 24 CE; motivación del laudo arbitral. Orden público material y procesal como límites a la validez del laudo.

Arbitraje, Acción de anulación, Infracción del orden público, Árbitros, Participación en arbitrajes idénticos, Independencia e imparcialidad, Derecho de revelación, Motivación, Valoración de la prueba.

Infringement of general principles applicable under the Civil Law as a breach of material public policy. Judicial assessment of arbitral review of said general principles as evidence for the stating of reasons of the award. Existence of stating of reasons of the award as a ground for the refusal of breach of public order. Infringement of arbitral procedural guarantees grounded on the omission of exhaustiveness of consideration of proofs by the arbitrator. Undue conversion of judicial procedure for setting aside award into a second instance. Undisclosed circumstances regarding independence and impartiality of the arbitrator as grounds for setting aside award. Anchoring of non-disclosure on grounds for setting aside award. Reference to the doctrine of Constitutional Tribunal on the nature of arbitration as manifestation of autonomy of the will and as an heteronomous mean to solve conflicts; legally determined and not submitted to the requirements of article 24 CE; Stating of reasons for the award. Public and procedural public policy as limits to the validity of the award.

Arbitration, Action for annulment, Infringement of public policy, Arbitrators, Participation in identical arbitrations, Independence and impartiality, Right of disclosure, Motivation, Evaluation of the evidence



Juan Carlos Calvo Corbella

Abogado del Estado (exc.)

Asesor General para Asuntos Jurídicos de Urbaser, S.A.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado, en fecha 11 de mayo de 2021, sentencia desestimatoria de acción de nulidad del laudo arbitral, pronunciado en equidad por árbitro único, en el seno de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, dirimiendo la reclamación entablada por «G.A.F.E., S.A.U. contra D. B..

Los hechos de los que trajo causa la demanda consistieron en la venta *on line* de terminales telefónicos por un precio notoriamente inferior al de mercado, que la demandante atribuyó a error en el etiquetado informático del producto, sin que hubiera podido razonablemente presumirse la inexistencia de error ante la manifiesta desproporción entre el precio ofertado y el precio normal del producto.

Contrariamente, la demandada alegó la normalidad de la oferta, por la existencia frecuente de promociones y descuentos en los productos de la demandante y por el hecho de que la marca a la que pertenecían los terminales telefónicos había sido objeto de veto comercial en USA, de donde habría resultado una drástica rebaja en el precio de sus productos.

La demanda de nulidad invocó, como su fundamento i) la vulneración del orden público por infracción de principios esenciales del ordenamiento como la buena fe, la prohibición de la restricción de competencia por la admisión de venta a pérdidas y la prohibición del enriquecimiento injusto; ii) la vulneración de las garantías del procedimiento arbitral por omisión de motivación ante la falta de exhaustividad en la valoración de la prueba; iii) la falta de neutralidad del árbitro por omisión de la revelación de su participación en arbitrajes idénticos con la misma parte demandante.

I. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR INFRACCIÓN DE PRINCIPIOS ESENCIALES DEL ORDENAMIENTO COMO LA BUENA FE, LA PROHIBICIÓN DE LA RESTRICCIÓN DE COMPETENCIA POR LA ADMISIÓN DE VENTA A PÉRDIDAS Y LA PROHIBICIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El FJ 2 de la sentencia efectúa consideraciones de carácter general sobre la naturaleza del procedimiento de anulación de la validez de laudos arbitrales, entre los que se destaca la exclusión, como contenido de la tutela judicial inherente a la acción de nulidad, de la revisión del asunto controvertido cual si de una segunda instancia se tratara.

La sentencia justifica la referencia a la limitación del control jurisdiccional de los laudos a los motivos tasados que para fundamentar la acción de nulidad establece la Ley de Arbitraje en el hecho de que «no por conocido deja de ser importante la plasmación de este planteamiento de arranque»; y ello por la habitual invocación formal de alguna de las causas de nulidad tasadas, cuando en el fondo lo que se pretende «es realmente abordar la revisión de la materia de fondo». (1)

El FJ 3, igualmente con carácter introductorio, se extiende en consideraciones generales sobre la interpretación de la causal de nulidad del laudo arbitral por vulneración del orden público.

Así, efectúa referencia a la doble vertiente, material y procesal del orden público; relacionando la primera «con la infracción de los principios y normas rectoras generales, así como con los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución»; y la segunda, con «el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito del proceso judicial», citando, en particular, la inevitabilidad y las consecuencias derivadas de la cosa juzgada.

No deja la sentencia de efectuar la mención de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 46/2020; 17/2021; 65/2021); declarando resultar «innecesario recordar que con arreglo a sus criterios es cómo debe llevarse a la práctica la interpretación del Ordenamiento Jurídico».

La sentencia reproduce la declaración contenida en la STC 17/2021 que, en el ámbito del orden público procesal, manifestó que

«la acción de anulación sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales... 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».

La transcripción parcial que de la STC 17/2021 se realiza se contiene en el inciso final del párrafo quinto de su FJ 2, tras efectuar la referencia al contenido de la STC 46/2020, en la que al examinar el orden público desde el punto de vista procesal lo configura

«como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de estos principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades contempladas por la Constitución, así como otros principios esenciales e indisponibles para el legislador, por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente».

Por su parte, la sentencia 65/2021 refiere definición semejante del orden público procesal en el párrafo quinto de su FJ 3, reiterando que

«excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se ha incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad,

contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o ésta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional; cuando se han infringido normas legales imperativas o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior» (2).

La sentencia del TSJ de Madrid transcribe sumariamente el contenido de la doctrina constitucional al recoger el principio de que el motivo de impugnación de los laudos por razones de orden público «no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo».

Esta última idea —que no tanto, de forma directa, la posible afectación de garantías fundamentales como motivo determinante de la revisión de un laudo arbitral— constituyó la *ratio decidendi* de las sentencias 17 y 65 de 2021 pronunciadas por el Tribunal Constitucional.

La sentencia 17/2021, al párrafo séptimo del Fundamento segundo, declaró que «el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano arbitral supla al Tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho»; subrayando 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».

Más aún, la STC 17/2021, al último párrafo de su FJ 2, en referencia especial al arbitraje de equidad, declaró que «debe quedar meridianamente claro que es el Tribunal arbitral el único legitimado 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 de Derecho material». (3)

El TSJ de Madrid, recogiendo las consecuencias de la doctrina constitucional, excluye que pueda corresponder a los Tribunales de Justicia «una labor de revisión de la prueba».

Por su parte, la STC 65/2021, abundando en la negación de las consecuencias que indebidamente pudieron haberse inferido de la inicial calificación del laudo arbitral como equivalente jurisdiccional (equivalencia que ahora queda reducida al hecho de que al laudo firme y definitivo se le atribuye el efecto de la cosa juzgada), «insiste» en que la semejanza entre ambos tipos de decisión —judicial y arbitral— determina que los árbitros «no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE»; de donde deduce que «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 del conflicto y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva».

En definitiva, el TSJ de Madrid, recogiendo las consecuencias de la doctrina constitucional, excluye que pueda corresponder a los Tribunales de Justicia «una labor de revisión de la prueba».

En el sentido expresado, la STC 17/2021 anuló la sentencia judicial que, por su parte, había declarado la nulidad de laudo arbitral por contrario al orden público, no sólo por la aplicación de cánones de exigencia del requisito de motivación que sólo tendrían por fundamento el art. 24 CE, extralimitando la exigencia, meramente legal (art. 37 LA) de motivación y congruencia; sino por haber entendido — erróneamente— que el árbitro no habría extraído determinadas consecuencias jurídicas de la prueba practicada.

Por haber actuado en contradicción con los anteriores principios, el TSJ de Madrid habría operado «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 real o vulneración de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español» (penúltimo párrafo del FJ 3).

La STC 65/2021 ratificó «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 sean consideradas, a ojo judicial, erróneas o insuficientes o simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras, bien diferentes» (párrafo final del FJ 3).

II. FALTA DE NEUTRALIDAD DEL ÁRBITRO POR OMISIÓN DE LA REVELACIÓN DE SU PARTICIPACIÓN EN ARBITRAJES IDÉNTICOS CON LA MISMA PARTE DEMANDANTE

El último de los Fundamentos introductorios que desarrolla la sentencia, previamente al análisis específico de los motivos de nulidad invocados en la demanda, recalifica la alegación por la que fuera imputado al árbitro falta de neutralidad, determinando que, bajo tal concepto, se incluiría el doble requisito de independencia e imparcialidad exigible legalmente a los árbitros; diferenciando la naturaleza meramente legal de tales requisitos —no obstante subrayar la fundamentalidad de los mismos en orden a la consolidación del arbitraje como «un sistema de garantías»—, de la naturaleza constitucional de idénticos requisitos, en cuanto referidos a los miembros integrantes del Poder Judicial; lo cual en nada obsta al TSJ a calificar «como verdadera norma imperativa el deber de revelación que pesa sobre el árbitro frente a las partes». (4)

Al FJ 5, la sentencia que se comenta desestima la violación del orden público, en justificación de cuya decisión, examina separadamente las distintas perspectivas que para la impugnación del laudo arbitral y con anclaje en el concepto de orden público, hubieran sido desplegadas por la demandante.

El TSJ de Madrid constata que el laudo arbitral habría proporcionado motivación suficiente para justificar la exclusión de la entrega del producto ofertado a precios no conformes con el mercado, refiriendo que en el mencionado laudo habría sido examinada «la teoría del error invalidante del contrato»; «falta de diligencia del vendedor»; y la confianza «en la apariencia de toda declaración seriamente emitida». (5)

El Tribunal infiere de la relación precedente de argumentos la existencia de motivación, tanto como

que la misma no resulta ilógica o extravagante, irrazonable o arbitraria, concluyendo que «no existe contravención del concepto de orden público material»; incurriendo en error de calificación, dado que la manifestación del orden público protectora de la existencia de una motivación no irrazonable, no es su vertiente material, sino la vertiente «procesal»; pues, como resulta paladinamente reconocido, el requisito de motivación es una exigencia de configuración legal, habiendo podido, incluso, excluirse por la ley su exigencia; de donde en absoluto cabe adscribir el requisito al orden público material.

Ahora bien, lo cierto es que, como advierte el TSJ de Madrid, el pretendido «defecto de motivación» no había constituido otra cosa sino la veste formal a la que había recurrido instrumentalmente la parte demandante para construir la argumentación impugnatoria, sin que, en realidad, hubiera sido el «motivo» el expresado «defecto de motivación», en sentido formal.

Como refiere el párrafo cuarto del FJ 5 de la sentencia, lo pretendido claramente por la demanda, «es someter a esta Sala a una reinterpretación de la prueba... corrigiendo al mismo tiempo los criterios de interpretación jurídica que aplicó la árbitro en el caso concreto».

Lo cierto es que la demandante había invocado, al amparo del defecto de motivación, la vulneración de lo que habría calificado como «principios fundamentales» (prohibición del abuso de Derecho o del enriquecimiento sin causa); los cuales, sin perjuicio de su relevancia, implausiblemente pudieran considerarse parte integrante de los «derechos fundamentales» que constituirían contenido propio del orden público en sentido material.

Sin embargo, de tal forma parece que habrían sido calificados por la demandante, por lo que, nuestra observación censora debe matizarse con la consideración de que el Tribunal se habría atendido a la calificación de la demandante al fundamentar y calificar el alcance de su motivo de impugnación.

La calificación material resulta recuperada al último párrafo del FJ 5, donde, declarativamente y de manera palmaria, el Tribunal concluye, ya no tanto haber existido motivación suficiente, sino no haber existido vulneración «de los principios o fundamentos nucleares de nuestro sistema jurídico de contratos».

En definitiva, el Tribunal advierte que la demandante, al impetrar su intervención y tutela, no ha hecho nada diferente de convertir al mismo en una «segunda instancia», sometiendo a su conocimiento una propuesta de revisión de la prueba, tanto como un juicio alternativo sobre la fundamentación jurídica, conveniente únicamente ante Tribunales de apelación.

Tanto mayor hubiere resultado la convicción alcanzada por el Tribunal (quien no requirió ni tan siquiera la celebración de vista, nos obstante ser ésta inherente al juicio verbal), tanto más justificada habría resultado una decisión inadmisoria del motivo por apartarse abiertamente del contenido propio del motivo de impugnación establecido en la ley, del que se habría desviado la demandante mediante utilización que, en términos legales, podría considerarse fraudulenta.

Tras su oscilante deambulación entre la existencia de, y el defecto de motivación (orden público procesal (6)) y la existencia o no de vulneración de «principios fundamentales» (orden público material, aún impropio) y tras haber desestimado tanto por una como por otra perspectiva, si bien sólo formalmente, en referencia al orden público material, el Tribunal se desliza en la pendiente del error al activársele cierta suerte de «instinto reflejo» (no puede desconocerse que, inveteradamente, el uso habitual y el régimen ordinario de los procesos civiles y penales, implican la activación de la «segunda instancia» (7)); ya que suscita, como motivo adicional que la demandante no habría «acreditado» la consumación de una «venta a pérdidas», como consecuencia de que el precio ofertado hubiere resultado inferior al precio de compra al fabricante.

Suscitar semejante cuestión abunda en la «prohibida» funcionalidad de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de anulación de laudos arbitrales como órganos de segunda instancia; originando confusión —a todas luces improcedente— porque podría inducirse que, de haberse aportado la prueba, el TSJ habría podido entender consumada la vulneración de un «principio fundamental» y anular el laudo por contrario al orden público material.

En descargo del TSJ solamente cabe aducir que principia el párrafo en el que se desliza la desviación excusando al decir que «aunque indebidamente llegásemos a tan lejano terreno, no podríamos dejar de advertir la falta de acreditación por parte de la entidad actora de algún extremo de suma relevancia...».

Si el propio Tribunal reconoce que suscita la cuestión resultaría «indebido», ¿por qué razón formularla?

El error habría sido múltiple. No solamente porque el Tribunal habría actuado —definitivamente— como un órgano de segunda instancia; sino porque además habría podido considerar vulnerado el orden material por inaplicación de un principio (el de la prohibición de venta a pérdida) que no constituye, en absoluto, un derecho fundamental.

Al suscitarse la cuestión de la «venta a pérdidas» el Tribunal se aparta, de la senda marcada por el Tribunal Constitucional a los Tribunales de Justicia en orden a la revisión de laudos arbitrales

Más aún, una tercera dimensión del error habría resultado de la tentativa de acoger el motivo en una supuesta «violación de norma imperativa» (8) ; cuando el hecho de producirse una venta a pérdidas se considera meramente un acto de competencia desleal, pero no necesariamente un acto restrictivo de la competencia; y cuando, además, el reconocimiento de la existencia de una venta a pérdidas habría implicado una conducta voluntaria del ofertante y, por lo tanto, éste en ningún caso, hubiera entablado, sistemáticamente, acciones impugnatorias de laudos arbitrales, que ni siquiera hubieran llegado a producirse ya que se hubiera limitado a atender los pedidos recibidos.

En definitiva, el Tribunal se aparta, al suscitar la cuestión de la «venta a pérdidas», de la senda marcada por el Tribunal Constitucional a los Tribunales de Justicia en orden a la revisión de laudos arbitrales.

III. VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR OMISIÓN DE MOTIVACIÓN ANTE LA FALTA DE EXHAUSTIVIDAD EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Retorna el Tribunal a la buena doctrina cuando acomete el segundo de los motivos de impugnación, que la demandante fundamenta en el art. 41.1º letra b) LA, alegando infracción de las garantías de defensa, el que constituye principio básico, legalmente determinado, del procedimiento arbitral.

El Tribunal advierte nuevamente el carácter forzado del motivo ya que, a través del mismo, nuevamente, lo que habría sido introducido por la demandante habría consistido en la discrepancia «del tratamiento argumental (más bien de la exhaustividad) que la árbitro otorga a la prueba desplegada»; conclusión ratificada ante la evidencia de que la «imposibilidad de defensa de derechos» se habría concretado en «error patente en la valoración de la prueba».

Por lo tanto, el segundo motivo constituiría una reiteración de idénticos planteamientos tentativamente revisorios a los que habría utilizado la demandante respecto del primero de sus motivos de anulación (amparado éste en la pretendida violación del orden público).

Por tal causa, la sentencia se remite a las consideraciones efectuadas sobre «las posibilidades de un Tribunal de Justicia para revisar la valoración probatoria que lleve a cabo un árbitro»; dando por reproducido lo precedentemente expuesto en cuanto a los parámetros de enjuiciamiento delimitados por la doctrina constitucional.

Al parecer, la demandante, no sólo habría invocado la «imposibilidad de defensa de sus derechos» sino que habría reintroducido un defecto de motivación que, tal y como refiere el TSJ, no habría tenido por otro contenido sino la falta de consideración de determinada documentación aportada en relación con la alegación de mala fe del comprador.

El planteamiento de la demandante no se nos antoja disímil del que habría justificado la sentencia del mismo TSJ al anular el laudo que diera lugar al recurso de amparo determinante de la Sentencia 17/2021; ya que en la referida sentencia se habría reprochado al laudo no haber tenido en consideración los procesos judiciales preexistentes entre las partes (9), alcanzándose la conclusión de que el laudo habría vulnerado el requisito de motivación y por ende, lesionado el art. 24 CE.

La estimación del recurso de amparo contra la mencionada sentencia dio lugar a la STC 17/2021, en la que se redefinió el alcance del requisito de motivación —configurado por la ley, con exclusión del régimen definido en el art. 24 CE—, concluyendo que únicamente procedería verificar la existencia de motivación, sin que la producida pudiese justificar la anulación siempre que no resultare irrazonable, arbitraria o hubiere incurrido en error patente; criterio reproducido en la sentencia 65/2021, proscribiendo, con reiteración, la aplicación de «las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales (art. 24.1º CE) a los laudos arbitrales, ensanchando así la noción de orden

público del art. 41.1º letra f) LA».

La sentencia del TSJ de Madrid, reproduce innecesariamente, de manera parcial y en extenso, la fundamentación de la STSJ de Galicia 20/2013, por cuanto que no deja de efectuar mención de la STC 17/2021; que sin embargo cita con notoria parquedad, cuando, tanto en esta como en las subsiguientes, el Tribunal Constitucional ha revisado la interpretación —errónea— de la Constitución en relación con el alcance del motivo de anulación de los laudos arbitrales por razones de orden público.

Al punto 3 de su FJ 6, el Tribunal deduce de la doctrina constitucional la inexigibilidad de la exhaustividad en el examen de las pruebas practicadas a los efectos de la motivación adecuada del laudo arbitral; transformando el análisis de un alegato sobre valoración de la prueba —que hubiera debido quedar definitivamente excluida, como cometido propio, por no revisor ni constituir segunda instancia, del TSJ— en el examen de un defecto de motivación.

No obstante, la ambigüedad demostrada, en esta nueva ocasión, el TSJ concluye, finalmente, afirmando, de manera correcta, que lo que no resulta posible es «la conversión del procedimiento arbitral en un verdadero proceso judicial, y obtener en esta sede el resultado que no le proporcionó el cauce arbitral que —insistimos— libremente había elegido».

Se advierte fácilmente que todos y cada uno de los motivos de la acción de anulación no tuvieron por contenido y objeto nada diferente de pretensiones revisoras de la valoración de la prueba practicada y del Derecho aplicado; sin ofrecer fundamentos objetivos para los motivos de anulación formalmente invocados.

El tercer y último de los motivos no resulta, según el tenor literal de la sentencia, referido a motivo concreto de anulación, aunque, con evidencia, constituye una de las garantías esenciales del procedimiento arbitral, como lo es que la controversia sea decidida por un árbitro o por un Colegio arbitral en cuya persona y en todos cuyos miembros se satisfaga, sin limitaciones, el requisito de independencia, tanto como el de imparcialidad.

La sentencia atribuye a tal requisito el rango de «norma imperativa», por lo que su vulneración podría conllevar el defecto de la anulación. (10)

En el caso, la cuestión concerniría al eventual conocimiento sobrevenido de circunstancias que, al juicio de la demandante, hubieran podido ser objeto de revelación, y que habrían consistido en el hecho de la intervención de la árbitro en múltiples asuntos en los que habría resultado demandada mediante arbitraje la misma empresa.

Resúltanos difícil aceptar que la demandante en vía de anulación no hubiera tenido sino «*recientemente*» conocimiento del hecho de haber sido designada la misma persona como árbitro en diferentes procedimientos arbitrales en los que la misma hubiera sido parte; sin que tampoco podamos entender que la falta de revelación del hecho de ser árbitro en procedimientos simultáneos de la misma naturaleza, como información al particular demandante en el arbitraje, una vez

producido un laudo que le habría resultado favorables pudiere justificar la nulidad de dicho laudo.

Lo cierto es que la razones por las que el Tribunal desestima la violación del principio de neutralidad (sin que hubiere llegado a decantarse explícitamente por la eventual lesión del imperativo de imparcialidad), que hubiera podido resultar del hecho de haberse pronunciado favorablemente a vendedor o a comprador, tratándose de bienes idénticos, adquiridos bajo condiciones presuntamente erróneas, descansan sobre la pretendidamente inaplicable actividad de revisión probatoria, agravada por la circunstancia de que la eventual prueba del hecho únicamente hubiera podido suscitarse al tiempo del ejercicio de la acción de anulación.

Incluso, el modo cómo el Tribunal aborda la cuestión no se compadece con las circunstancias que se ponen en nuestro conocimiento; pues si la demandante alegó que el conocimiento de la reiteración de nombramientos resultó ser «reciente», difícilmente hubiera podido, como se le reprocha ahora, recusar en su momento a la árbitro; ya que, por definición, no habría tenido conocimiento de la circunstancia relevante.

En todo caso, el Tribunal habría reintroducido cuestión sobre la probanza de hechos (excluyendo ahora, aunque no resulte posible concluir categóricamente en tal sentido, que se estuviera refiriendo a la recusación en cualquiera otro de los procedimientos en los que la árbitro hubiera participado).

Si la falta de recusación constituye reproche determinante de la desestimación del motivo sobre falta de neutralidad, la falta de justificación de «la lesión material que pudo sufrir la empresa vendedora por el hecho de que una misma árbitro resolviese diferentes arbitrajes, siendo en todos ellos demandada», constituye el segundo y último de los reparos que justifican la desestimación del motivo.

Fuera de ser, nuevamente, cuestión probatoria lo que se suscita, resulta difícil de aceptar que la «violación de una norma imperativa» no resulte sancionable (mediante la anulación del laudo vulneratorio) cuando no concurra el efecto añadido de la «lesión material».

La ley exige a los árbitros que revelen las circunstancias que puedan comprometer su independencia e imparcialidad; pero no exige, para justificar su recusación, que ello haya producido una lesión material; y no lo puede hacer porque el laudo a través del cual hubiera podido consumarse dicha lesión, por naturaleza, no preexiste a la exigencia de revelación (se incluyen las circunstancias que afecten a la imparcialidad o independencia que resultaren sobrevenidas respecto del acto de nombramiento).

La primera pregunta que cabe formular respecta a las consecuencias que, en términos de validez de laudo arbitral, cupiera deducir del hecho de la falta de revelación de una circunstancia que hubiera podido considerarse potencialmente menoscabadora de la independencia o de la imparcialidad.

No establece la ley, específicamente, sanción para tal hecho.

Tengamos en cuenta, en todo caso, que prerequisite de la cuestión precedente lo es la valoración de una circunstancia probada como comprometedor de la independencia o de la imparcialidad.

En el caso, concurre la circunstancia predeterminante —de la que tampoco cabe afirmar haya sido confirmada la certeza—; pero no existe juicio alguno sobre la afectación de los valores superiores de independencia e imparcialidad que debe satisfacer el árbitro.

Únicamente se examinan las potenciales consecuencias materiales.

Incluso esta perspectiva no nos parece la más acertada, puesto que como motivo determinante del éxito potencial de acción de anulación fundada en la falta de revelación de circunstancias que se concluyera pudieran afectar a la independencia o a la imparcialidad, debiera de resultar bastante esta última conclusión, independientemente de los efectos.

Si tales efectos perjudiciales hubieran llegado a producirse, lo que se habría consumado habría sido un supuesto de exigencia de la responsabilidad contraída por el árbitro.

Mas para la anulación habría de bastar, como principio, la conclusión fundada sobre la concurrencia de causa de falta de independencia o de imparcialidad no revelada.

La situación es análoga al supuesto de aquellos hechos tipificados como delitos de riesgo que se penalizan independientemente del siniestro; pero que, de haberse producido éste, determinan un concurso de delitos, castigándose agravadamente por razón de sus consecuencias.

La segunda de las cuestiones reside en considerar si el hecho de haber sido alcanzada conclusión sobre la existencia de causa de independencia o imparcialidad no revelada constituye por sí solo motivo de anulación; o si, para ello, se requiere que la circunstancia se haya proyectado objetivamente en decisión que pudiera considerarse parcial.

Desde luego, si llegare a considerarse que una decisión arbitral ha sido «parcial», el laudo habría de anularse por contrario al orden público (11), independientemente de responsabilidades de distinta naturaleza en las que el árbitro hubiera podido incurrir.

Ahora bien, teniendo en cuenta los exiguos estándares de motivación —máxime en el arbitraje de equidad—, no resultará sencillo alcanzar conclusiones sobre la parcialidad de la decisión (aunque sí, con toda probabilidad, en el caso de la falta de independencia).

De lo anterior resulta, casi inevitablemente, que la preservación del requisito esencial al arbitraje de la independencia e imparcialidad del árbitro podría justificar la anulación del laudo en el supuesto de que no hubiere resultado revelada —al menos conscientemente— circunstancia que, objetivamente considerada, pudiese afectar —independientemente de que haya producido o no el efecto— a la independencia o a la imparcialidad; compensándose a la parte perjudicada con la acción de responsabilidad contra el árbitro a quien le hubieren sido acreditados los hechos señalados: omisión de la revelación; carácter objetivo del hecho como disconforme con la garantía de independencia y/o de imparcialidad.

Alcanzada la conclusión precedente, subsistiría idéntica cuestión que la que respecto del

planteamiento de la cuestión en la sentencia comentada ha resultado subrayada: determinar el anclaje adecuado al motivo de impugnación del laudo, evitando que, para consolidarlo, hubiere de extenderse el ámbito de aplicación del concepto de orden público, alimentando permanentemente la polémica sobre tan relevante cuestión.

En Madrid a 17 de noviembre de 2021

.....

(1) Censura ésta proclamada con carácter general por D. Celso Rodríguez Padrón, Presidente del TSJ de Madrid en la jornada sobre «Horizonte Constitucional del Arbitraje en España», celebrada el 16 de noviembre de 2021 en Madrid en la sede del Consejo General del Poder Judicial. En definitiva, se imputa a los abogados la transformación de la acción de anulación en un medio para acceder indebidamente a la revisión plena del proceso vital, convirtiendo el procedimiento judicial subsiguiente en una segunda instancia.

[Ver Texto](#)

(2) Las recientes sentencias del TC en materia de arbitraje, si bien suponen un progreso en la delimitación del arbitraje como vía heterónoma de las resoluciones de controversias, plenamente diferenciada de la tutela judicial frente a los conflictos, no deja de resultar reiterativa de la doctrina instaurada ya desde el año 2005. Entre las cuestiones susceptibles de mayor esclarecimiento, no solamente subsiste la cuestión relativa a la extensión del ámbito de aplicación del orden público, como límite a la validez de los laudos arbitrales, sino también la subsunción de la motivación aparente o de la motivación arbitraria cabe el concepto de orden público; y sin perjuicio de la posible contravención por los motivos que den contenido a la motivación del orden público material.

[Ver Texto](#)

(3) Reiterándose la irrebasabilidad del límite que al control judicial del laudo resulta de la decisión material arbitral (siempre que dicha sustancia resulte respetuosa con el orden público material); inexpugnable mediante el simple recurso a la invocación formal de las causas tasadas de anulación contempladas por la Ley de Arbitraje.

[Ver Texto](#)

(4) La referencia a normas imperativas pudiera hacer pensar que la Sala pretende reconducir el motivo al orden público, a partir de la referencia constitucional, como parte integrante de su contenido, a la vulneración de «*normas legales imperativas*». Finalmente, la sentencia del TSJM se aparta de esta línea, incidiendo en el defecto de actuar como una segunda instancia. Añadiremos que, a nuestro juicio, las únicas normas imperativas cuya eventual vulneración pudiese determinar conflicto con el orden público serían aquéllas que, por su naturaleza, resultaren reconducibles al contenido del orden público material.

[Ver Texto](#)

(5) En vista del razonamiento judicial nos preguntamos cuál hubiera sido el sentido del fallo si la motivación hubiere resultado ser diferente, menos atinente materialmente al objeto de la controversia,

o, simplemente, aplicada en forma no coincidente con el criterio que sobre la misma hubiere considerado el TSJ de Madrid.

[Ver Texto](#)

- (6) Sin dejar de hacer notar que, en este punto, subsiste contradicción aparente, por razón de la ambigüedad en la asignación del defecto o la inexistencia de motivación a la causal de orden público o a la causal de disconformidad con la ley.

[Ver Texto](#)

- (7) La casi inevitable predisposición de los Tribunales Superiores de Justicia a desarrollar su función natural como órganos de segunda instancia fue reconocida por el Magistrado D. Luis Rodríguez Vega en la misma jornada sobre «Horizonte Constitucional...» anteriormente referida.

[Ver Texto](#)

- (8) Téngase presente la ya apuntada objeción a la aceptación de que cualquier violación de una norma imperativa pueda constituir infracción del orden público material.

[Ver Texto](#)

- (9) En los que se habría confirmado el derecho del socio al voto múltiple.

[Ver Texto](#)

- (10) Por tercera vez en este comentario, reiteramos que no toda vulneración de norma imperativa determina la infracción del orden público material; sino únicamente la de aquéllas que, por su sustancia, afecten a los principios políticos, sociales y económicos fundantes de la sociedad y del Estado.

[Ver Texto](#)

- (11) Por vulneración flagrante del principio esencial de igualdad de trato de las partes.

[Ver Texto](#)

Sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión (en especial, en contratos de agencia)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 9ª 15 de junio de 2021

Submission to arbitration in adhesion contracts (especially, in agency agreements)

La sentencia objeto de este comentario se ocupa de una cuestión que ha tenido un cierto eco en la jurisprudencia, consistente en la nulidad o no de una cláusula arbitral, cuando la misma se encuentra recogida en un condicionado general. Decretando, atinadamente, la validez de dicha cláusula, debido a la condición de sociedad mercantil de la recurrente y al cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa sectorial de aplicación.

Arbitraje, Efectos del convenio arbitral, Contratos de adhesión, Contratos de agencia

The aforementioned sentence deals with an issue that has found certain resonance in jurisprudence, consisting of the possible annulment of an arbitration clause, contained within the general terms and conditions of a contract. The judgment concludes, accurately, the validity of said clause, due to the appellant's mercantile nature and meeting that clause the requirements set forth in the applicable sectorial regulation.

Arbitration, Effects of the arbitration agreement, Adhesion contracts, agency agreements.



Manuel de Lorenzo

Abogado. Director del Departamento de Derecho Privado en el Bufete Navarro & Asociados

Profesor Asociado de la Universitat de València

I. SÍNTESIS DEL CASO OBJETO DE ENJUICIAMIENTO Y DE LA DECISIÓN ADOPTADA EN AMBAS INSTANCIAS SOBRE EL MISMO

A tenor de la información que se desprende del texto de la referida sentencia, el conflicto

subyacente tiene su origen en un contrato de agencia celebrado entre dos sociedades mercantiles, analizándose en ella la posible nulidad de dos determinadas cláusulas del mismo. Siendo una de ellas de sometimiento a arbitraje y la otra de renuncia a las indemnizaciones reconocidas en favor del agente en virtud de la ley aplicable, centrándonos en este comentario exclusivamente en los problemas relativos a la primera de tales estipulaciones.

En el origen del procedimiento, el agente había planteado una demanda ejercitando la acción de nulidad del compromiso arbitral, la cual resultó inicialmente desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, ante lo cual se formuló el consiguiente recurso de apelación. Basándolo la parte recurrente en una mezcla de variados argumentos, que iban desde la inexistencia de una voluntad clara e inequívoca de las partes para someterse a arbitraje, a la imposición, a juicio de la apelante, de un arbitraje con un elevado coste, que exigía un importante desembolso inicial que no podía ser asumido por ella. Pasando por el razonamiento consistente en que la sede designada para dicho arbitraje, Torrelavega, no guardaba relación alguna con el contrato, invocando para ello que el domicilio social de dicha entidad se hallaba en Valencia.

La Sala rechazó el recurso, fundamentalmente por entender que esa elección por la vía arbitral que se contenía en el contrato entre las partes no adolecía de ninguna nulidad. Por cuanto, siendo la recurrente una sociedad mercantil, sin calificación por tanto como consumidor, quedaba vinculada a lo establecido en el contrato de adhesión correspondiente, ya que la susodicha cláusula cumplía con las exigencias derivadas del control de incorporación, al que quedaba sujeta al hallarnos ante unas condiciones generales de la contratación.

Como particularidad destacable, cabe indicar que existen otras resoluciones judiciales similares, que afectan a la misma empresa comitente involucrada en el contrato de agencia en cuestión, habiéndose debatido también en tales sentencias la posible nulidad del sometimiento a arbitraje, incluso a mediación en algún caso. Siendo la tendencia ligeramente mayoritaria la del mantenimiento de validez del compromiso arbitral (1), si bien no han faltado otros fallos que han sustentado la opinión contraria (2).

II. ARBITRAJE Y CONTRATOS DE ADHESIÓN

1. Viabilidad del sometimiento a arbitraje en este tipo de contratos

Sabido es que la concurrencia de un consentimiento claro, terminante e inequívoco, completamente voluntario, ha sido reiteradamente exigida por nuestra jurisprudencia, tanto constitucional (3) como ordinaria (4), para la validez del sometimiento a arbitraje, con la correlativa renuncia a la jurisdicción que ello implica. Cuestión que, cuando nos encontramos ante contratos de adhesión, genera problemas específicos, a la hora de determinar la real voluntad del adherente, que han dado lugar a los correspondientes estudios doctrinales, tanto en nuestro país como en otras latitudes, así como a la correspondiente jurisprudencia que ha analizado la eficacia de tales compromisos arbitrales.

De entrada, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, hay que tener presente que la posibilidad de inserción de convenios arbitrales en contratos de tal naturaleza viene expresamente

contemplada en la Ley de Arbitraje vigente, en concreto en su art. 9.2º (5) (de forma similar, por otro lado, a lo que disponía el art. 5.2º de la anterior Ley de Arbitraje de 1988). Con la única singularidad, ciertamente no menor, consistente en que, cuando tal sea el caso, «la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato» (6). Y, en ese sentido, la STS Civ 31 de mayo de 2005 (7), remarca que «el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz».

La Sentencia de la AP de Valencia analiza en primer lugar la invocación que la parte recurrente realiza de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, rechazando, con buen criterio, que nos hallemos ante supuestos idénticos. Efectivamente, en el caso analizado por la mencionada resolución del TS se vino a confirmar la inexistencia de sometimiento válido a arbitraje, pero no porque el mismo se encontrase inserto en un contrato de adhesión, sino por un problema de interpretación de la cláusula que, en ese supuesto singular, se estaba analizando. La cual, en concreto, remitía a las partes a un procedimiento arbitral para dirimir toda controversia que se derivase del específico contrato marco de operaciones financieras que allí se enjuiciaba, detallando que eso sería así siempre que ese conflicto se refiriese a su «interpretación, cumplimiento y ejecución». Sin embargo, lo que se pretendía ventilar mediante arbitraje era una acción de nulidad de un contrato de swap y put concertado al amparo de ese convenio marco, por vicio del consentimiento, concluyendo el TS en esa ocasión que eso no era factible, en la medida en que no existía una voluntad clara e inequívoca de someter a arbitraje esas disputas, más allá de las que se ciñesen estrictamente a la interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato marco en cuestión. Era por tanto un problema, no de nulidad intrínseca del sometimiento a arbitraje, sino de extensión del compromiso arbitral a ciertas controversias que no venían clara e inequívocamente recogidas en el texto de la cláusula impugnada.

Más allá de la idoneidad o no de dicha doctrina, lo cierto es que el TS no descartaba en ese pronunciamiento la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en un contrato de adhesión, de hecho la admitía. Y, si acudía a la normativa sectorial relativa a ese tipo de contratos, lo era simplemente para destacar que debía acudir a la regla de interpretación *contra proferentem*, consagrada en el art. 6.2º de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (como relejo, a su vez, de lo establecido en el art. 1.288 Cc); por lo que, habiendo siendo el contrato marco preparado y predispuesto por la entidad bancaria correspondiente, la hermenéutica de la cláusula controvertida debía favorecer al adherente.

En el caso que nos ocupa, en cambio, el dilema reside en determinar si la cláusula arbitral era nula o no, por hallarse precisamente inserta dentro de un condicionado general. Y, sobre ello, la Sección 9ª de la AP de Valencia señala que lo que habrá que dilucidar, por tanto, es si la parte que rechaza ese sometimiento a arbitraje lo aceptó inequívocamente en su día. Concluyendo que hay que efectivamente entender que era así, sin que a ello obstase la existencia de un contrato anterior entre las mismas partes, en el que se había acordado una sumisión a favor de los tribunales de Madrid, pues ello, a lo sumo, lo que debería haber significado es la necesidad de extremar el celo sobre ese

punto. No constando, en todo caso, un rechazo a la inclusión de la cláusula u oposición a la misma, en momento alguno anterior a la demanda formulada.

2. Inaplicabilidad del art. 54.2º LEC

Seguidamente, se plantea la Sala, a raíz de las alegaciones de la parte apelante, si la inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje resultaría contraria al art. 54.2º LEC, decidiendo en sentido negativo.

Recordemos que el citado precepto, tras consagrar con carácter general el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, establece en su seno diversas excepciones y una de ellas es la contenida en su apartado segundo. El cual dispone que *«(N)o será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios»*.

De primeras, en la resolución que nos ocupa se rechaza que la nulidad del sometimiento a la vía arbitral que se pretende pueda apoyarse en la mención que la reseñada STS 27 de junio de 2017 realiza a dicho art. 54.2º LEC, por cuanto la alusión al mismo que en ella se contiene es meramente tangencial y no en el sentido que postula la recurrente.

Con todo, la alegación de ese precepto requirió de la debida respuesta por parte de la Sala, ya que surge la duda de si, al impedirse en esos supuestos escapar del fuero de competencia territorial que en esos casos corresponda, se estaría incurriendo en una causa de nulidad prevista en el art. 8.1º LCGC. En virtud del cual, serán nulas de pleno derecho *«las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*.

La fijación legal de un específico fuero territorial jurisdiccional no supone impedimento alguno para que las partes puedan deferir sus controversias a la decisión de un árbitro, siendo una materia por otro lado perfectamente arbitrable

La cuestión adquiere singular importancia en los contratos de agencia, ya que la Disposición Adicional Segunda de la Ley dispone que la competencia territorial *«para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario»*. Lo cual, cuando nos hallamos ante un convenio arbitral incluido en esa específica clase de contratos de colaboración empresarial, ha dado lugar a diversas resoluciones jurisprudenciales, que, en su inmensa mayoría, se han inclinado por mantener la validez de dichas cláusulas de sometimiento a la jurisdicción, fundamentalmente a la hora de estimar la declinatoria formulada (8), pero también para rechazar la acción de anulación de un laudo ya dictado al amparo de una cláusula de tales características (9). Sosteniendo en suma tales sentencias que la fijación legal de un específico fuero territorial jurisdiccional no supone impedimento alguno para que las

partes puedan deferir sus controversias a la decisión de un árbitro, siendo una materia por otro lado perfectamente arbitrable. Aunque no faltan tampoco las sentencias que, minoritariamente, han defendido lo contrario (10).

A nuestro juicio, la posibilidad de someter a arbitraje las disputas originadas a raíz de un contrato de agencia resulta incuestionable, por cuanto se trata de una materia contractual regida en su mayor parte por la autonomía de la voluntad y, por tanto, de libre disposición, por mucho que existan algunas normas imperativas en su regulación. Lo cual no debe cercenar la posibilidad de utilizar la vía arbitral, especialmente si se tiene en cuenta lo sentado por la emblemática STS 18 de abril de 1998 (11), a tenor de la cual el convenio arbitral no alcanza a las normas de *ius cogens*, sino al cauce procesal en el que se aplican. Sin que, por otro lado, esa Disposición Adicional Segunda pueda obstar a todo lo dicho, ya que evidentemente se trata de una mera regla de atribución de competencia territorial obligatoria, pero sólo cuando la sede procedente sea la jurisdiccional, sin que pueda implicar la negación del arbitraje (o, en su caso, la mediación) como mecanismo idóneo de solución de las controversias que puedan plantearse. Se trata en definitiva de una regla para dilucidar cuestiones de competencia territorial, pero no de competencia jurisdiccional.

3. Controles a los que queda sujeta la cláusula arbitral en estos casos

Sentado todo lo anterior (es decir, que el sometimiento a arbitraje puede formar parte de unas condiciones generales y que ello no queda enervado por lo dispuesto en el art. 54.2º LEC), el tema se centra en cuál será el examen de legalidad al que quedará sujeto ese convenio arbitral, por hallarse comprendido en un contrato de adhesión y en aplicación de la doctrina sectorial de aplicación, a la que, como veíamos anteriormente, se remite el art. 9.2º LA. Controles que serán pues los mismos que los procedentes respecto a cualesquiera condiciones generales de la contratación. Nos referimos, en concreto, a los conocidos como controles de incorporación y de transparencia.

Para diferenciarlos, conviene que tengamos como guía una de las resoluciones más recientes y paradigmáticas sobre la cuestión, como es la STS Civ 20 de enero de 2020 (12).

Dicho pronunciamiento, comenzando por el control de inclusión o incorporación señala que «supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato», añadiendo que mediante el mismo «se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato». Debiendo acudir para ello a los arts. 5 y 7 LCGC. El primero de los cuales recoge los requisitos de incorporación, a saber: (i) aceptación de su inclusión por el adherente y firma por todas las partes; (ii) referencia a las condiciones generales incorporadas en todo contrato que se suscriba; (iii) necesidad de información expresa al adherente acerca de su existencia y entrega de un ejemplar de las mismas; (iv) redacción de tales condiciones generales ajustándose a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Mientras que, por su lado, el art. 7 establece cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato, esto es: (i) si el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera exigible; (ii) cuando sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, si

hubiesen sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajustasen a la normativa específica que discipline en su ámbito la preceptiva transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En cuanto al control de transparencia, indica la sentencia en cuestión que

«... como ha afirmado reiteradamente esta sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas y jurídicas».

Pues bien, a los efectos que nos interesa, lo relevante es que el Tribunal Supremo excluye ese segundo control, el de transparencia, cuando el adherente no sea un consumidor, con cita a su vez de diversa jurisprudencia previa suya, así como del TJUE (13). Y eso es precisamente lo que concluye la Sección 9ª de la AP de Valencia, esto es, la improcedencia de dicho control, al tratarse el adherente de una sociedad mercantil.

A este respecto, apuntamos que, más allá de la posible existencia de sociedades mercantiles que carezcan de ánimo de lucro, entendido en su sentido objetivo (lo que ha sido admitido por la DGSJFP, en su Resolución de 17 de diciembre de 2020), lo cierto es que, cuando se trate de una sociedad de tal naturaleza, que cuente con la indubitada intención de obtener y repartir las ganancias derivadas de su actividad habitual e intervenga en el marco de la misma, el Tribunal Supremo ha dejado claro que quedaría fuera del concepto legal de «consumidor». En ese sentido, el art. 3 TRLGDCU incluye dentro de esa figura a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, pero siempre *«que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»*. Por lo que, *a sensu contrario*, cuando concorra dicho ánimo lucrativo, ello implicaría la imposibilidad de catalogar dicha entidad como consumidora y, por tanto, la exclusión de la aplicación de la normativa sectorial correspondiente.

En esa línea, resulta obligada la referencia a la STS Civ 3 de junio de 2019, a tenor de la cual «toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 Ccom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGDCU», concluyendo que, cuando no se ostente la condición de consumidor, será improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad. Y, abundando en ello, la recientísima STS Civ 11 de octubre de 2021 (14), ha reafirmado que cuando nos encontremos ante una sociedad mercantil hay que presumirle el ánimo de lucro, no pudiéndose catalogar como consumidor cuando actúe en el ámbito de su actividad empresarial, clarificando que no existe diferencia legislativa entre los términos de «consumidor» y «usuario» final.

Ceñido por tanto el debate al control de incorporación, la sentencia que comentamos lo considera plenamente superado, calificando la cláusula discutida de «*clara, sencilla y concreta*» y sin que la parte recurrente hubiese desplegado prueba alguna que permitiese cuestionar dicha incorporación.

4. Otros argumentos del recurso de apelación

La impugnación de la sentencia de primera instancia se basaba asimismo en dos motivos adicionales: por un lado, el perjuicio económico que según la apelante se le ocasionaba, al superar los costes del procedimiento arbitral los que tendría que soportar si el asunto se ventilase en sede jurisdiccional; segundo, la incidencia que pudiera tener la falta de conexión de la sede arbitral escogida, con el propio contrato.

Por lo que se refiere al primero de tales postulados, la Sección 9ª de la AP de Valencia lo rechaza de plano, sobre la base de no haberse aportado un dictamen pericial que permitiese calibrar esas diferencias económicas que se alegaban, señalando además que ese mero argumento, sin un apoyo normativo concreto, no serviría para afirmar la nulidad de la cláusula controvertida, remarcando nuevamente el carácter de sociedad mercantil de la apelante. A lo cual, apuntamos por nuestra parte, cabría añadir la falta de invocación y, en su caso, de justificación, de un supuesto perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva, única vía que, a nuestro modo de ver, podría abrir un debate de esas características, que de todos modos entendemos resultaría muy difícil de prosperar. Y, en ese sentido, la STSJ Madrid CP 1ª de 22 de diciembre de 2020 (15) , señala lo siguiente:

«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» (16) .

No aborda en cambio la Sala de manera directa la cuestión de si la elección de una sede sin vinculación con las circunstancias del propio contrato podría tener algún tipo de incidencia. Si bien cabe entender que el rechazo de ese razonamiento se subsume en el anterior, en la medida en que una sociedad mercantil que libremente ha suscrito un contrato, aceptando esa cláusula arbitral declarada válida por resistir el control de incorporación, no puede intentar evadir su aplicabilidad bajo un argumento tan endeble. Pues es indudable que ese pacto queda amparado por la autonomía de la voluntad que, respecto a la elección de la sede arbitral, se consagra en el art. 26 LA, con total libertad y sin que ello requiera que el lugar escogido guarde una cercanía geográfica con las partes o tenga una determinada relación con el contrato en sí mismo. Criterio idéntico al que, por otro lado, es también el ordinariamente seguido en los reglamentos de las cortes arbitrales y en otras legislaciones nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

CREMADES, A.C., «La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado», *Spain Arbitration Review*, n.º 8, 2010, pp. 151-164

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

GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, 2007.

MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2014

VIRGÓS SORIANO, M., «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14, mayo 2006.

.....

(1)

En ese sentido, AAP Barcelona, Sección 1ª, de 9 marzo de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:1952A), AAP Barcelona, Sección 16ª, de 22 abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:2866A), AAP Badajoz, Sección 3ª, de 1 julio de 2019 (ECLI:ES:APBA:2019:350A), AAP Cantabria, Sección 4ª, de 17 junio de 2019 (ECLI:ES:APS:2019:300A) y AAP Huesca, Sección 1ª, de 19 febrero de 2019 (ECLI:ES:APHU:2019:6A).

[Ver Texto](#)

(2) AAP Alicante, Sección 4ª, de 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:161A), AAP Vizcaya, Sección 5ª, de 15 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APBI:2019:2093A), AAP Álava, Sección 1ª, de 8 abril de 2019 (ECLI:ES:APVI:2019:216A) y AAP Álava, Sección 1ª, de 29 enero de 2019 (ECLI:ES:APVI:2019:3A).

[Ver Texto](#)

(3) STC, Sala Primera, de 2 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:136) y STC, Pleno, de 23 de noviembre de 1995 (ECLI:ES:TC:1995:174).

[Ver Texto](#)

(4) STS, Sala de lo Civil, de 27 junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2500), STS, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4860) y STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:5212), entre otras muchas.

[Ver Texto](#)

(5) Téngase asimismo en cuenta en este punto lo establecido en el art. 1.2º LA: «Las normas contenidas en los aps. 3, 4 y 6 del art. 8, en el art. 9, excepto el ap. 2, en los arts. 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España». Por otro lado, para los casos en los que el convenio arbitral quede regido por una ley extranjera, *vid.* J.C. Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo, S.A. y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p.

168 y M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, 2007, pp. 88-89. Por su parte, M. Virgós Soriano, «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14, mayo 2006), respecto a la incidencia en este ámbito de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, se pronuncia en los siguientes términos: «El texto de las CG puede ir en el mismo contrato, en un documento anexo, en un documento anterior o incluso no es necesario la entrega formal por el predisponente si hay hábitos *inter partes* o usos generales de contratar bajo esas CG o si el adherente las acepta expresamente y por escrito. La mera remisión genérica a unas CG que no acompañan al contrato ni se han hecho accesibles antes, ni es un uso contratar bajo ellas, no satisface las exigencias del artículo II CNY 1958. Las CG deben estar redactadas en el idioma de la negociación o en un idioma común en el comercio internacional que la contraparte deba conocer».

[Ver Texto](#)

- (6) J.F. Merino Merchán y J.M.^a Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson -Reuters, 2014, p. 277) señalan lo siguiente. «Quiebra aquí de forma justificada el principio general de la irreductibilidad del pacto arbitral es decir, que la presunción de validez del convenio arbitral accesorio ante la nulidad sobrevenida del contrato donde este último se inserta y al que sirve como instrumento de solución de conflictos, cesa en su apariencia de eficacia, ligando su suerte a lo que se establezca con carácter específico en las disposiciones reguladoras de los contratos de adhesión».

[Ver Texto](#)

- (7) ECLI:ES:TS:2005:6700A.

[Ver Texto](#)

- (8) Entre otras, sin ánimo de exhaustividad, AAP Valencia, Sección 6ª, de 17 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APV:2018:3064A), AAP Barcelona, Sección 17ª, de 17 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:3004A), AAP Madrid, Sección 8ª, de 03 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:19186A), AAP de Madrid, Sección 18ª, de 24 de marzo de 2010 (ECLI:ES:APM:2010:4715A) y AAP Barcelona, Sección 17ª, de 28 de mayo de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:5849A).

[Ver Texto](#)

- (9) *V.gr.*, SAP Madrid, Sección 21ª, de 09 de febrero de 1998 (ECLI:ES:APM:1998:1248) y STSJ de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de abril de 2014 (ECLI:ES:TSJMU:2014:1035).

[Ver Texto](#)

- (10) *V.gr.*, AAP Alicante, Sección 4ª, de 26 de febrero de 2020 (ECLI:ES:APA:2020:161A) y AAP Alicante, Sección 5ª, de 28 de mayo de 2008 (ECLI:ES:APA:2008:76A).

[Ver Texto](#)

- (11) ECLI:ES:TS:1998:2489. Dicha sentencia, recuérdese, fue la que permitió dar carta de naturaleza al arbitraje en el ámbito societario, terreno vedado hasta entonces por razón de la imperatividad de las

normas vigentes en dicho sector.

[Ver Texto](#)

(12) ECLI:ES:TS:2020:98.

[Ver Texto](#)

(13) Cuando una de las partes sea un consumidor, deberá tenerse en cuenta la normativa específica aplicable en tales supuestos. Y, de manera especial, lo dispuesto en el art. 90.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a tenor del cual serán abusivas las cláusulas que establezcan «(L)a sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

[Ver Texto](#)

(14) ECLI:ES:TS:2021:3668.

[Ver Texto](#)

(15) ECLI:ES:TSJM:2020:15107.

[Ver Texto](#)

(16)

Vid. asimismo la STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 2 julio de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:5253). Sobre esta interesante cuestión, *vid.* A.C. Cremades, « La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado», en *Spain Arbitration Review*, n.º 8, 2010, pp. 151-164.

[Ver Texto](#)

Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU's Reasoning

Judgment of the Court of Justice, Grand Chamber, 2 September 2021 (Case C-741/19: Republic of Moldova)

Más allá de la simple lectura de la decisión del TJUE sobre *Komstroy*: Un posible nuevo análisis del razonamiento del TJUE

Las decisiones *Achmea* y *Komstroy* del TJUE han generado un gran debate y un alto grado de crítica de la comunidad arbitral. Dejando a un lado los argumentos pasionales y no jurídicos, la crítica «legal» de esas decisiones se basa en un posible atentado al Derecho de los Tratados. Este artículo no toma una posición al respecto. El artículo tan solo trata de analizar los posibles razonamientos no explícitos de las decisiones del TJUE desde una óptica amplia de Derecho Internacional Público así como los posibles argumentos contrarios a esos razonamientos no explícitos.

Komstroy, *Achmea*, Costumbre Internacional, Autonomía, Primacía, Derecho de la UE, Integración Regional.

The *Achmea* and the *Komstroy* CJEU decisions have generated a long debate and a big degree of criticism in the arbitration community. Leaving aside the passionate and not jurist opinions, the «legal» criticism is based on a potential breach of the Law of Treaties. This paper does not take a position on this topic. The paper only tries to analyse the CJEU potential reasoning that does not result from the plain reading. The paper tries to briefly do that from a wider perspective of Public International Law. The paper also tries to raise the potential counter-argument to that beyond-the-plain-reading reasoning.

Komstroy, *Achmea*, International Custom, Autonomy, Primacy, EU Law, Law of Treaties, Regional Integration.



Rafael Gil Nievas

Attorney at Law, Professor of Law and Arbitrator (1)

The recent *Komstroy* Court of Justice of the European Union («CJEU») Decision has expanded to the Energy Charter Treaty («ECT») the previous *Achmea* CJEU doctrine on investment arbitration under Bilateral Investment Treaties («BITs»). Consequently, the CJEU sustains that intra-EU investment arbitration is possible neither on the basis of a BIT nor on the basis of the ECT.

This paper wants to set aside any passionate argument on the rightfulness or wrongfulness of that doctrine. Allegations as «*the EU hates arbitration*» are academically useless.

In fact, the EU legislation has done a big effort in order to protect arbitration. For instance, the former Regulation 44/2001 («Brussels I») on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters excluded from its scope «*Arbitration (2)*» in order to set a clear distinction between judicial and arbitration proceedings protecting the special nature of the latter proceedings.

But Brussels I had not any explanatory recital on this distinction and the interface between arbitration and judicial proceedings generated some problems as evidenced in cases such as *West Tankers (3)*. The European Commission created a group of experts and permanently asked the Member States» experts about how to protect arbitration proceedings from the flaws of Brussels I (4). As a result, the Regulation 1215/2012 («Brussels I recast»), introduced a recital clarifying the exclusion of arbitration from the scope of the Brussels I recast Regulation and strengthening the autonomy of arbitration proceedings (5).

Therefore, only «*legal*» arguments have to be seriously considered and taken into account. The main legal criticism to the CJEU doctrine is based on the Law of Treaties as the controverted EU Decisions do not mention the Vienna Convention on the Law of Treaties («VCLT») (6).

International conventions (what includes the ECT and the BITs) are only one of the three sources of Public International Law. This paper tries to briefly analyse the issue and the potential non evident reasoning of the CJEU doctrine from the perspective of different sources of Public International Law, particularly on the international custom. This has to be done on the understanding that the different sources of Public International Law may not always operate completely separately one from the others and that every argument may have a counter-argument.

In the following lines, this paper will: (1) briefly summarise the *Komstroy* Decision that expands the *Achmea* doctrine to the ECT; (2) frame the issue under debate; (3) analyse the general features and requirements of the international custom as International Law; (4) provide some arguments regarding the possible base of the CJEU doctrine on international custom; and (5) give counter-arguments in order to reject the appropriateness of that possible base. The paper will not end with conclusions but with very brief general remarks.

I. THE CJEU KOMSTROY AND ACHMEA DECISIONS

The Court of Justice of the European Union Decision rendered in the case C-741/19, *Republic of Moldova v Komstroy (7)* («the CJEU Decision») originates from a preliminary question of the Paris Court of Appeal, which was hearing a procedure for annulment of the award issued against the Republic of Moldova. The award was rendered in an investment arbitration initiated by Ukrainian corporation Komstroy, under the ECT.

The dispute arises from an electricity supply contract, to be delivered on the Ukrainian-Moldovan border, between Moldtranselectro, a Moldovan Government owned company, and Derimen, a company incorporated in the British Virgin Islands. The latter acquired the energy from Energolians, who in turn received it from Ukrenerg, a Ukrainian electricity producer.

Part of the energy supplied was not paid by Moldtranselectro. This generated a loan that Derimen transferred to Energolians, and this one transferred it later to Komstroy. The credit was claimed from the Republic of Moldova through an arbitration procedure under article 26 of the ECT. The jurisdiction of the arbitral tribunal was contested by Moldova, which considered that there is not properly an «*investment*» protected under the ECT but rather a strictly commercial relationship not covered by the ECT.

The arbitral tribunal declared its jurisdiction to hear the case. The award was challenged looking for its annulment in the Court of Appeal of Paris who lifted a prejudicial question to the CJEU asking for the proper interpretation of the ECT.

The CJEU pronounces for the first time on the question of the compatibility with EU Law of the possible submission to arbitration of intra-EU investment disputes under the ECT- The CJEU does that even if this issue was not really the core of the case.

Previously, the CJEU had decided in the *Achmea* (8) case about the compatibility of investment arbitration under a BIT with the EU legal framework declaring that such investment arbitration was not possible. The CJEU Decision declares, for the first time, that investment arbitration under the ECT is neither possible. Consequently the CJEU expanded the *Achmea's* holdings regarding BITs to the ECT, that is a multilateral treaty.

As aforementioned, the CJEU Decision has its background in the context of a challenge for annulment of an award made between parties outside the European Union. For this reason the CJEU begins by addressing the issue of the admissibility of the questions referred for a preliminary ruling, which had been questioned by some of the parties intervening in the proceedings before the CJEU, including the EU Council (paragraphs 21 to 38).

This analysis of the CJEU begins with a relevant holding. The CJEU affirms that as the ratification of the ECT is a legal act adopted by one of its institutions, the provisions of the ECT are part of the EU's legal framework. The CJEU Decision adds that, within that legal framework, the CJEU is competent to decide prejudicially on its interpretation. The CJEU adds that this conclusion is not altered by the fact that the ECT is a mixed agreement (part of it is competence corresponds to the EU, part of it is competence still belongs to the Member States).

The CJEU Decision understands that as far as there is an EU act authorizing the ratification of an international agreement this form part of the EU legal framework. In this sense, the CJEU Decision states:

«an agreement concluded by the Council, pursuant to Articles 217 and 218 TFEU constitutes, as

regards the European Union, an act of one of its institutions, that the provisions of such an agreement form an integral part of the legal order of the European Union from the time it enters into force» (paragraph 23).

In fact the CJEU Decision underlines that with the Lisbon Treaty, the EU has acquired exclusive competences in the field of Foreign Direct Investment («FDI») understanding that the Investors State Dispute Settlement («ISDS») mechanisms are part of that exclusive competence on FDI (paragraphs 23 to 27).

The CJEU Decision then addresses the problem that the main proceedings are facing two parties from outside the EU (a Ukrainian company and the Republic of Moldova), and rules out that this excludes the jurisdiction of the CJUE.

The CJEU holdings on this issue are based on the following reasons: (i) there is interest in a uniform interpretation of the ECT as it can be applied to situations governed by EU Law (paragraphs 29 to 31); and (ii) in that particular case the seat of the arbitration is Paris, so French Law is applicable as *lex fori*, and EU Law is part of the law in force in France and in all Member States (paragraphs 32 to 34).

After highlighting the relevance of the principle of autonomy of the EU legal framework and jurisdictional system, the CJEU Decision understands that the intra-EU investment arbitration would allow the transfer of disputes related to the application of EU Law to bodies outside its jurisdictional system

The CJEU Decision makes a categorical statement: «the establishment of the seat of arbitration on the territory of a Member State, in this case France, entails, for the purposes of the proceedings brought in that Member State, the application of EU law, compliance with which the court hearing the case is obliged to ensure in accordance with Article 19 TEU» (paragraph 34).

Entering into the analysis of the first question, relating to the concept of investment for the purposes of articles 1 and 26 of the ECT (paragraphs 39 to 85), the CJEU starts by assessing the compatibility or incompatibility of intra-EU investment arbitration under the ECT with the EU Treaties. The CJEU addresses this matter, in a detailed manner, in order to

«specify which disputes between one Contracting Party and an investor of another Contracting Party concerning an investment made by the latter in the area of the former may be brought before an arbitral tribunal pursuant to Article 26 ECT» (paragraph 40).

The reasoning of the CJEU Decision on this essential question is identical to the one followed in the *Achmea* judgment, to the extent that many of the sections of this latter judgment are reproduced even literally in the CJEU Decision.

The CJEU begins by recalling its doctrine regarding the limits of the international agreements of the EU and the Member States, by virtue of the legal and institutional system configured by the EU Treaties and the essential principle of autonomy of the EU legal framework.

The CJEU Decision states that the autonomy of the EU legal framework is reflected in particular in the EU's own jurisdictional system with exclusive competence for the interpretation of the EU Law. This jurisdictional system is based on a dialogue mechanism between national courts and the CJEU, which has the last word in the interpretation of that EU legal framework (paragraphs 42 to 46).

Then the CJEU analyzes the possibility that an arbitral tribunal under Article 26 of the ECT is called to resolve intra-EU investment disputes. The CJEU underlines that that arbitration tribunal would have to interpret and even to apply EU Law without being part of the EU jurisdictional system (paragraphs 48 to 59).

After highlighting the relevance of the principle of autonomy of the EU legal framework and jurisdictional system, the CJEU Decision understands that the intra-EU investment arbitration would allow the transfer of disputes related to the application of EU Law to bodies outside its jurisdictional system. The CJEU considers this possibility as contrary to the principle of autonomy of the EU legal framework.

In short, in accordance with the CJEU Decision, intra-EU investment arbitration is not allowed and it is not compatible with the EU Treaties and with the autonomy principle (paragraphs 60 to 63).

The CJEU Decision adds, for the first time, that this is applicable also in a multilateral agreement, which ultimately generates bilateral obligations between two of the Contracting Parties. Therefore, there is no substantial difference between the BIT analyzed in *Achmea* and the ECT (paragraphs 64 and 65). In other words, all the holdings made by the CJEU in the *Achmea* case regarding a BIT are reproduced in the CJEU Decision with regards the multilateral ECT.

The CJEU Decision is pretty firm on this point: the ECT cannot be interpreted as allowing intra-EU investment arbitration. The CJEU states:

«the exercise of the European Union's competence in international matters cannot extend to permitting, in an international agreement, a provision according to which a dispute between an investor of one Member State and another Member State concerning EU law may be removed from the judicial system of the European Union such that the full effectiveness of that law is not guaranteed. Such a possibility would, as the Court held in the case giving rise to the judgment of 6 March 2018, Achmea (C 284/16, EU:C:2018:158, paragraph 58) and as the Advocate General observed in essence in point 83 of his Opinion, call into question the preservation of the autonomy and of the particular nature of the law established by the Treaties, ensured in particular by the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU.» (paragraphs 62 and 63).

This would mean that as the ECT is EU Law and the FDI regime is EU Law and exclusive competence of the EU, there is no room for intra-EU investment arbitration under the ECT.

In short and with a syllogism: (1) the ECT and FDI are EU Law; (2) EU Law must be exclusively interpreted by national courts and the CJEU; (3) therefore no intra-EU investment arbitrations under the ECT are possible.

On this point, the CJEU makes this straightforward statement: «it must be concluded that Article 26, paragraph 2, letter c), of the ECT must be interpreted in the sense that it is not applicable to the disputes between a Member State and an investor from another Member State in relation to an investment made by the latter in the first Member State» (paragraph 66).

Only after this reasoning, the CJEU proceeds to respond to the first preliminary question, on the possible application of the concept of «*investment*» in Article 1 paragraph 6 of the ECT to a credit derived from an electricity supply contract (paragraphs 67 to 85).

In the CJEU's opinion, the concept of investment contained in this provision is characterized by two cumulative requirements: (i) it must be any type of asset, owned or controlled directly or indirectly by an investor; and (ii) this asset must cover at least one of the elements provided for in letters a) to f) of said provision (paragraph 69).

The CJEU understands that the first requirement is fulfilled when the claimant owns a claim against the respondent State, without the acquisition of this claim from the hands of a company from a third State not party of the ECT (paragraph 70).

However, it rules out that we are dealing with any of the types of investment listed in the ECT, since it is not a right conferred to undertake any economic activity in the energy sector (paragraph 72), nor a credit with economic value related to an investment (paragraphs 73 to 78).

The CJEU Decision adds an assessment beyond the plain wording of the ECT and more related to its object and purpose since the ECT would distinguish between trade, in part II, and investments, in part III, which are those that enjoy special protection, as they involve the freezing of resources abroad which, in general, cannot be easily repatriated in the event of a dispute (paragraphs 79 to 83).

For the purposes of this paper we will exclusively focus on the holdings of the CJEU Decision regarding the so-called intra-EU objection, *ça veut dire*, in the possibility of intra-EU investment arbitration, in this case, on the basis of article 26 of the ECT.

II. FRAMING THE ANALYSIS TO BE DONE IN THIS PAPER

Investment arbitration should not be confused with commercial arbitration. Investment arbitration is a controversy by which an investor claims that a sovereign has violated International Law. It is a controversy of Public International Law as State consent to this arbitration is commonly given in international treaties, either bilateral or multilateral.

As a controversy of Public International Law, it might be useful to rely on article 38 of the Statute of the International Court of Justice («ICJ») —that is part of the United Nations Charter— to determine

which one is the Law applicable to the controversy. This article 38 of the ICJ Statute enumerates the direct sources of Public International Law that are: «a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (c) the general principles of law recognized by civilized nations (10) .»

It should be noted that judicial decisions are not a direct source of International Law but «a subsidiary mean for the determination of rules of law» with the same value as the «teachings of the most highly qualified publicists of the various nations (11) ».

The CJEU Decision does not have any analysis of the Law of Treaties and does not contain any reference to the VCLT. This might be because it had relied on the other direct sources of Public International Law even if the CJEU Decision does not explain the matter openly. This is why it might be useful to assess the arguments in favour and against the CJEU doctrine from the perspective of a different source of Public International Law.

III. INTERNATIONAL CUSTOM

The first one of the sources of International Law is the international custom. International custom is not only a source of Public International Law, rather traditionally it has been considered the first source of International Law. Even arbitral decisions rejecting the so-called intra-EU objection, as the *Eskosol* (9) one, have considered the international custom as the first source of Public International Law.

International custom is «*evidence of a general practice accepted as law*». Therefore, two elements are required for an international custom: the material element or repeated practice and the subjective element or *opinio iuris*.

As Skubiszewski said, «*the initial element of custom is the practice of States*» (12) . The term «*action* » is construed in a broad sense and it covers not only actions in the strict sense of the meaning but also inaction; consent to a practice through silence.

The practice can be general, regional or local. As Skubiszewski stated: «While Art.38, para. 1(A) of the Court's Statute mentions "international conventions, whether general or particular", subparagraph (b) refers to "general" practice only. Does the latter formula exclude the existence of a particular, i.e. regional or local custom? The answer is in the negative» (13) .

Already in 1930 the predecessor of the ICJ, the Permanent International Court of Justice («PICJ»), admitted local or bilateral International Custom, applicable to only two parties. This was admitted when the PICJ issued an advisory opinion about a specific location: the *Free City of Danzig* (14) . It was based on the affirmation that Poland had no absolute rights with respect to leading the foreign affairs of Danzig «*a practice which seems now to be well understood by both Parties...* (15) »

Since then and, especially after the creation of the ICJ, there has been a clear manifestation of the

admission of international, regional and local custom or bilateral international custom as a source International Law. This has also been reflected in relevant decisions of the ICJ.

For instance, in the *Asylum case* (also known as *Haya de la Torre*), the ICJ admitted the notion and possibility of a regional custom: «The Government of Colombia must prove that the rule invoked by it is in accordance with consistent and uniform use practice by the States in question» (16) .

The ICJ has gone even further by admitting a local or bilateral custom as a source of International Law. In the case of the *Laws of nationals of the United States of America in Morocco* (17) , the Court accepted the possibility of a local custom, and after admitting that possibility of a regional or local custom, it discovered that in Morocco there was no custom related to the exercise of consular jurisdiction.

In the case of *Right of Passage over Indian Territory*, the ICJ once again admitted that there could be customs of bilateral application:

«With regard to Portugal's claim of a right of passage as formulated by it, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States» (18) .

As D'Amato stated:

«Thus, to the extent that the Indian representative had contended, in pleadings that were not always models of clarity, that "customary international law" could not apply in this case, the Court set the record straight by showing, in the passage just quoted, that this was not a matter of general customary law affecting a large number of states but rather a matter of "local custom" exclusively regulating the particular rights and obligations between Portugal and India.» (19)

Therefore, there is no doubt that bilateral and regional customs are included in the sources of International Law of Article 38 of the Statute of the ICJ.

The ICJ has required that the practice must be «consistent», «constant» or «established» , but time itself is not a necessary requirement. In fact, in the *North Sea Continental Shelf Cases* the Court admitted that «the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law» (20) . Judge Lachs declared: «and so the short period within which the law on the continental shelf has developed and matured does not constitute an obstacle to recognizing its principles and rules» (21) . Therefore, practice can be consolidated in a short period of time, and it is not necessary to wait centuries for that consolidation and for the creation of the International Custom.

The subjective element concludes the formation of a customary rule of International Law. As it is said in the *Right of Passage* decision, *Opinio Iuris* involves «a practice clearly established between two

*States which was accepted by the Parties as governing the relations between them» (22) . The element of *Opinio Iuris* is, in brief, the belief that a practice has become mandatory. It has even been declared by the ICJ in the *North Sea Continental Shelf Cases* that the practice of the States «*is sufficient evidence of the existence of any Opinio Iuris*» (23) .*

Having explained this, we will analyse if the CJEU doctrine may be based on this source of International Law. Potential arguments in favour and against will be exposed.

IV. THE CJEU DOCTRINE IS RELYING ON AN INTERNATIONAL CUSTOM AND THE INTRA-EU OBJECTION MAY BE UPHOLD

It may be argued that, in accordance with Article 38 of the Statute of the ICJ, the legal framework of the EU has autonomy and primacy and these principles may be considered as international custom. A variance of the international applicability of that international custom would be the disconnection for intra-EU affairs from international conventions with no disconnection clause.

Therefore autonomy and primacy of EU Law would be customary International Law of the EU and must be respected.

In other words, the CJEU *Komstroy* and *Achemea* decisions constantly mention the autonomy of the EU legal framework as the basis of its doctrine because that autonomy (and also the primacy) are international custom. This international custom would be the basis to go beyond the Law of Treaties.

This would be the explanation about why there is a constant EU practice of disconnecting from international treaties, exclusively for intra-EU matters, even though such treaties might not have a disconnection clause.

The effect of the autonomy and primacy of EU Law would be to allow the EU and the Member States to disconnect from international treaties for intra-EU affairs, even if those treaties do not have a disconnection clause. And there would be an international custom of respect to such autonomy of the EU Law. This international practice would be almost universal.

The two required elements for binding customary International Law would concur in this case. The constant practice of respect to the principles of autonomy and primacy of EU Law would make that practice an international custom. If it is an international custom it is International Law that should be followed and respected.

Consequently, the EU and the Member States would be disconnected from the ECT for the purpose of intra-EU investment arbitrations (as has been stated by the CJEU Decision), while the ECT nevertheless would continue to remain in force for Member States and EU relations with third States.

Since the decision of the Court of Justice of the European Union in *Costa v Enel* (24) , there has been a practice of respect to the autonomy and primacy of EU Law. The practice of observance of and respect for the autonomy and primacy of EU Law would be a practice of the EU, its Member States

and also of all the international community.

A sample of that respect would be the practice followed by Member States of the EU and by the international community regarding the interrelationship between international treaties and EU Law.

The 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters (25) does not contain a general disconnection clause. However, the aforementioned Regulation Brussels I (26) (then replaced by Regulation Brussels I recast (27)), replaced said convention between Member States. Article 68 of Regulation Brussels I established that «This Regulation shall, as between the Member States, supersede the provisions of the Brussels Convention of 1968, except as regards the territories of the Member States which fall within the territorial scope of that Convention and which are excluded from this Regulation pursuant to Article 299 of the Treaty establishing the European Community».

In this example an EU Regulation was sufficient to set aside the application of an international treaty within the EU due to the autonomy and primacy of EU Law, even though the 1968 Brussels Convention did not have a disconnection clause. This detachment has been an accepted practice, respected by the Member States, as it can be easily demonstrated by the large quantity of CJEU resolutions that have applied Regulation 44/2001 between Member States instead of applying the Brussels Convention (28).

Neither the Hague Convention of 1961 on Applicable Law regarding the Protection of Minors (29) nor the Hague Convention of 1980 on International Child Abduction (30) contains a disconnection clause of any kind.

However, they were both replaced, in relations between Member States, by Regulation 1347/2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses (31) (subsequently replaced by the Brussels II bis Regulation 2201/2003 (32)). Said Regulation 1347/2000 clearly established in Article 36 thereof that

«This Regulation shall, for the Member States, supersede conventions existing at the time of entry into force of this Regulation which have been concluded between two or more Member States and relate to matters governed by this Regulation».

Therefore, we have another example of this practice of disconnection from international conventions in favour of EU Law in the application thereof between Member States, even if those conventions do not contain any disconnection clause. Article 37 of Regulation 1347/2000 sets forth that

«In relations between Member States, this Regulation shall take precedence over the following Conventions in so far as they concern matters governed by this Regulation: the Hague Convention of 5 October 1961 concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in respect of the Protection of Minors; the Luxembourg Convention of 8 September 1967 on the Recognition of

Decisions Relating to the Validity of Marriages; the Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations; the European Convention of 20 May 1980 on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children; the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, provided that the child concerned is habitually resident in a Member State».

The aforementioned is another example of the repeated practice of complying with the autonomy and primacy of the EU Law by a disconnection from international conventions, even if those international conventions are multilateral conventions with no disconnection clauses. This would not be possible in a pure application of the Law of Treaties.

The Hague Convention of 1965 on the Notification or Service of Documents (33) has no disconnection clause in favour of EU legislation. Its only rule on this regard (Article 25) sets forth that *«the present Convention shall not derogate from Conventions containing provisions on the matters governed by this Convention to which the Contracting States are, or shall become, Parties»*. This means that said Convention contains a disconnection provision only in favour of conventions, which constitutes a mere application of the Law of Treaties and does not permit (*per se*) a detachment in favour of EU Law.

However, the Hague Convention of 1965 was replaced, in the application thereof between Member States, by Regulation 1348/2000 (34) (currently superseded by Regulation 1393/2007 (35)). Article 20 of Regulation 1348/2000 sets forth that

«This Regulation shall, in relation to matters to which it applies, prevail over other provisions contained in bilateral or multilateral agreements or arrangements concluded by the Member States, and in particular Article IV of the Protocol to the Brussels Convention of 1968 and the Hague Convention of 15 November 1965».

Consequently, as another manifestation of the primacy and autonomy of EU Law in intra-community matters, not only Member States but also third States have accepted the EU's practice of detaching itself from an international convention that has no disconnection clause. There are 74 contracting parties to this Convention and the disconnection of the EU member states for intra-EU matters has never been the object of protest (36) .

The Hague Convention of 1970 on the Taking of Evidence (37) does not record a general disconnection clause; it only contains, in Article 32, an identical rule to that of Article 25 of the Hague Convention of 1965.

Despite this, in relations between Member States, it has been superseded by Regulation 1206/2001 (38) , whose Article 21 sets forth that

«This Regulation shall, in relation to matters to which it applies, prevail over other provisions

contained in bilateral or multilateral agreements or arrangements concluded by the Member States and in particular the Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure and the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, in relations between the Member States party thereto».

This would constitute a reiteration of the practice accepted by Member States and by third States: that EU Law allows the EU and its Member States to detach themselves from international conventions for intra-EU matters, without having to rely on a disconnection clause. And this would be an effect of the autonomy and primacy of EU Law considered as international custom.

The Hague Convention of 1961 on the Legalisation for Foreign Public Documents (the *Apostille Convention*) (39) has been ratified by 117 States. It has no disconnection clause. Not even a disconnection clause in favour of future conventions. Nothing. However, the EU has detached itself from this convention through a rule of derived or secondary law. Article 19 of Regulation 2016/1191 (40), after stating that

«This Regulation is without prejudice to the application of international conventions to which one or more Member States are party at the time of adoption of this Regulation and which concern matters covered by this Regulation», adds that «Notwithstanding paragraph 1, this Regulation shall, in relation to matters to which it applies and to the extent provided for therein, prevail over other provisions contained in bilateral or multilateral agreements or arrangements concluded by the Member States in the relations between the Member States party thereto».

This would be evidence of a practice accepted as Law: that the EU can detach itself from international conventions for intra-EU affairs, therefore applying the EU legal framework for intra-EU affairs and the international conventions for matters with third States.

It might be claimed that it would be not only an EU international custom but rather universal international custom, given that this last Convention has 117 contracting parties, and none of them has objected to the fact that the EU has detached itself from this Convention just for intra-EU affairs (41).

Another example of this alleged international custom may be the European Convention on the Suppression of Terrorism of 27 January 1977 (42). It does not contain a disconnection clause and it is not a convention limited solely to Member States.

Nevertheless, Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant (43) has replaced the said Convention in relations between Member States regarding extradition.

This would be another example that might demonstrate that giving primacy and autonomy to EU Law over international conventions just for intra-EU matters is a repeated practice that is accepted by Member States and by third States.

The 2001 International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution (Bunker Convention) (44) does not include a disconnection clause.

Nevertheless, Member States declared, when ratifying it, that they would apply between them the Brussels I Regulation instead of the Convention's rules on those same matters (45) .

This would be another example of the practice of detachment by Member States from a multilateral convention without a disconnection clause as a manifestation of the primacy and autonomy of EU Law. In this case by a mere declaration.

These aforementioned cases would be only a few examples; there are dozens more cases where EU Member States have disconnected from multilateral international conventions in favour of the EU Law just for intra-EU affairs.

This disconnection would be precisely an external aspect of the autonomy and primacy of EU Law for regulating intra-EU affairs. There is a reiterated practice of disassociation from international conventions without a disconnection clause.

Apart of the reiterated practice, an *opinio iuris* element is also needed in order to properly create an international custom.

The principles of autonomy and primacy of EU Law would have been accepted as Law by the Member States as well as by third countries. This would imply the gathering of all of the requirements of article 38.1 (b) of the ICJ to create a binding source of International Law.

In relation to autonomy, the Court of Justice decision, in case 26/62 *Van Gend & Loos* established this principle, stating that

«the conclusion to be drawn from this is that the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Independently of member state legislation, community law does not only impose obligations on individuals, but also intends to bestow upon them rights that become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the Member States and upon the institutions of the Community».

The autonomy of EU Law, declared by the CJEU in 1964 in the aforementioned case, has been ratified since then and accepted as Law by the EU itself and by its Member States. Proof of this is the large number of CJEU judgments that have applied this autonomy and that have been observed by all Member States. Therefore, the requirement of *opinio iuris* would concur here. The last example is the CJEU *Komstroy* Decision.

With regard to the primacy of EU law, this principle ensures that the application of EU Law is guaranteed *in situations* where applicable National or International Law between the Member States would deprive EU Law of its full and effective application. This has been the case law constantly maintained by the CJUE since the historical ruling in the *Costa/ENEL* case, and it is now also

explicitly enshrined in Declaration 17 attached to the Final Act of the Inter-governmental conference that adopted the Lisbon Treaty (46) .

It could be argued that the practice of respect to the autonomy and primacy of EU Law in its relations with international conventions has not only been accepted as Law by the Member States, but also by the third countries. This would have allowed the disconnection, in favour of EU Law and for intra-EU affairs, from international conventions without disconnection clauses.

In accordance with this line of reasoning this should be considered as logical, as the EU is an international regional integration organisation, and this integration would not be possible if the EU and its Member States were not able to apply its own EU legal framework internally. This integration would have been respected by all the States of the international community and in all areas.

In this context might be understood the CJEU Decision. The CJEU Decision reiterates that an international agreement cannot affect the allocation of powers laid down by the EU Treaties and, hence, the autonomy of the EU legal framework. This «autonomy of EU law with respect both to the law of the Member States and to international law is justified by the essential characteristics of the European Union and its law, relating in particular to the constitutional structure of the European Union and the very nature of that law.» (paragraphs 42 and 43 of the CJEU Decision).

The latest statement would be the essential point of the CJEU reasoning not openly expressed in the CJEU Decision: for the CJEU the autonomy would be consubstantial to the integration process of the EU. The CJEU seems to think that without autonomy of the EU legal framework, no integration might be possible.

In fact, that kind of autonomy might be argued to be consubstantial to any integration process. It took almost a century to the Italian Republic, two centuries to the USA or six centuries to Switzerland to reach their current configuration. If the Laws of the Republic, Union or Confederation would have not had autonomy and primacy to apply to the whole Republic, Union or Confederation because of agreements with third parties of the regions, states or cantons, those unifications would have never been possible.

V. THE CJEU DOCTRINE CANNOT RELY ON AN ALLEGED INTERNATIONAL CUSTOM AND THE INTRA-EU OBJECTION MUST BE REJECTED

On the opposite position it can be argued the following: a claim that the EU and its Member States can ignore any of their international treaty obligations if they unilaterally decide that they wish to apply EU Law instead of those international treaty obligations confronts all the general principles of Law and cannot be sustained.

There would be no legal basis supporting that subjects of Public International Law can ignore their international conventions obligations if they wish to apply EU Law and since they just want to do so.

This assertion, would be inconsistent with the most basic notions of International Law including, in

particular, the principle of *pacta sunt servanda* enshrined in Article 26 VCLT: «Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.»

The fact that all the arbitral tribunals so far have rejected the intra-EU objection is would be a clear indication of how things should be properly interpreted. This unanimous interpretation (with a few dissenting opinions) would be evidence that the repeated practice is exactly the contrary,

As a matter of Public International Law, the EU and its Member States cannot opt out of its treaty obligations because, in their unilateral view, those obligations somehow conflict with EU Law or because they might wish to apply EU Law instead of those treaty obligations.

In accordance with this line of thinking, international custom cannot play a role in the interpretation of the ECT as there is no basis for that allegation in the VCLT. It should not be confused the relevance of State practice with respect to a particular treaty with the concept of customary International Law.

In particular, regarding the ECT, it should be determined which one is the application of article 26 of the ECT. The ECT and this article might have to be interpreted in accordance with the VCLT. An alleged international custom regarding a few particular international conventions should not completely side-line the interpretation of a different applicable treaty.

In other words, in accordance with this position, on the basis of an EU practice of allegedly applying EU Law rather than the terms of certain international conventions other than the ECT, EU Law cannot take primacy over the provisions of all the international treaties.

The fact that the disconnection is authorized for a few international conventions would not mean that it should be authorized for all. Even if it were correct that there was an established state practice under a few treaties that EU Law takes precedence, the VCLT would clarify that any State practice relevant to one treaty (such as those mentioned in support of the application of autonomy and primacy of EU Law as international custom) has no relevance to the interpretation of a completely different treaty (such as the ECT).

This conclusion would be supported by the terms of the VCLT, which provides as follows at Article 31(3): «Article 31, General rule of interpretation [...] 3. There shall be taken into account, together with the context:[...] (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;[...].»

Therefore, how States may apply EU Law in relation to international conventions governing particular matters not related to the ECT would have no legal value for the interpretation of article 26 of the ECT.

The alleged practice with respect a particular treaty can only be «*subsequent practice*» used to interpret that particular treaty. It cannot be used to interpret different treaties.

Consequently, there would be no legal ground for the proposition that alleged State practice with respect to other treaties has any interpretative value for purposes of the ECT. In particular, there would be no evidence of consistent practice in the application of the ECT to show that EU Law is relevant to the question of the intra-EU jurisdictional objection.

The fact that all the arbitral tribunals so far have rejected the intra-EU objection is would be a clear indication of how things should be properly interpreted. This unanimous interpretation (with a few dissenting opinions) would be evidence that the repeated practice is exactly the contrary, even if we are not talking about a practice of States (that are the only ones who can create an international custom) but about a practice of arbitral tribunals (normally against the States allegations).

On this regard, even if arbitral decisions are not direct source of International Law, Prof. Reisman has observed:

«Where there is a convergence of practice and opinio juris among a significant number of such tribunals, it may serve as evidence of customary international law. Hence, in the context of customary international law in investment law, BITs and decisions of tribunals adjudicating the disputes arising from these investment treaties have come to play a significant role in the ongoing formation of law in this field. These two sources are particularly important [...] because much of international investment law is developed through them — they represent State practice and opinio juris in this area of law. (47)»

VI. FINAL REMARKS

This paper does not dare to do conclusions. It has only pointed out which one could be the reasoning behind the CJEU doctrine and has given some «*food for thoughts.*»

What seems clear is that superficial arguments regarding the «*hate*» of the EU to arbitration are meritless. It also seems clear that, at some point the debate of the consubstantiality of the autonomy and primacy of EU Law with the EU integration process and the right way to do that from an International Law perspective will have to be addressed.

Hopefully this will be directly addressed by the CJEU in its future opinion requested by the Belgian Government on the compatibility of the intra-European application of the arbitration provisions of the future modernised Energy Charter Treaty with the European Treaties.

BIBLIOGRAFÍA

D'Amato, A., «The concept of Special Custom in International Law», *Am. J. Int'l. L.*, vol. 63, 1969, pp. 211-223.

Reisman, W.M., «Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law», *ICSID Review*, vol 30, n.º 3, 2015, pp. 616-634.

Skubiszewski, K., «Elements of Custom and the Hague Court», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, 1971, pp. 810-854.

.....

(1)

Nothing expressed in this paper shall be considered as an opinion to be attributed to any party represented by the author.

Ver Texto

(2) Article 1.2 (d) of Regulation 44/2001 of December 22, 2000 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

Ver Texto

(3) Judgment of the CJEU of February 10, 2009 rendered in the Case C-185/2007, *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA, v West Tankers Inc.*

Ver Texto

(4) The author was one of the experts who helped the European Commission with the drafting of the Brussels I review proposal («Brussels I recast»).

Ver Texto

(5) Recital 12 of Regulation 1215/2012 of December 12, 2012 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I recast): «This Regulation should not apply to arbitration. Nothing in this Regulation should prevent the courts of a Member State, when seised of an action in a matter in respect of which the parties have entered into an arbitration agreement, from referring the parties to arbitration, from staying or dismissing the proceedings, or from examining whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, in accordance with their national law. A ruling given by a court of a Member State as to whether or not an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed should not be subject to the rules of recognition and enforcement laid down in this Regulation, regardless of whether the court decided on this as a principal issue or as an incidental question. On the other hand, where a court of a Member State, exercising jurisdiction under this Regulation or under national law, has determined that an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, this should not preclude that court's judgment on the substance of the matter from being recognised or, as the case may be, enforced in accordance with this Regulation. This should be without prejudice to the competence of the courts of the Member States to decide on the recognition and enforcement of arbitral awards in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958 ('the 1958 New York Convention»), which takes precedence over this Regulation. This Regulation should not apply to any action or ancillary proceedings relating to, in particular, the establishment of an arbitral tribunal, the powers of

arbitrators, the conduct of an arbitration procedure or any other aspects of such a procedure, nor to any action or judgment concerning the annulment, review, appeal, recognition or enforcement of an arbitral award».

Ver Texto

(6) Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969.

Ver Texto

(7) Judgment of the CJEU of September 2, 2021 rendered in the Case C-741/2019, *République de Moldavie v Komstroy LLC*.

Ver Texto

(8) Judgment of the CJEU of March 6, 2018 rendered in the Case C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea*.

Ver Texto

(9) *Eskosol* Decision on Termination Request under the intra-EU Objection of May 7, 2019 Para. 181.

Ver Texto

(10) Statute of the International Court of Justice.

Ver Texto

(11) *Id.*, art. 38.

Ver Texto

(12) Krzysztof Skubiszewski, «Elements of Custom and the Hague Court» by Krzysztof Skubiszewski, Max-Planck Institute, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1971, p. 812.

Ver Texto

(13) *Ibid.*, p. 830-832.

Ver Texto

(14) The aforementioned *Eskosol* Decision, surprisingly, says that international custom must be universal on the basis of the PICJ Decision *Lotus* of 1927, doctrine that was immediately corrected already in 1930 in the case *Free City of Danzig*.

Ver Texto

(15) *Free City of Danzig*, Advisory Opinion, P.I.C. J., Ser. B, No. 18, at 4, 12-13 (1930).

Ver Texto

- (16) *Affaire Haya de la Torre* (Colombie / Pérou) arrêt du 13 juin 1951 International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory, Opinions and Orders. 1950, p.276-277.
- Ver Texto
- (17) *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France v. United States of America). Judgement of 27 August 1952, pp. 199-200.
- Ver Texto
- (18) *Passage Over Indian Territory* (Portugal v. India) Merits Judgment of 12 April 1960.
- Ver Texto
- (19) Anthony D'Amato, «The concept of Special Custom in International Law», *Am. J. Int'l L.*, 211-223 (1969).
- Ver Texto
- (20) *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) Judgment of 20 February 1969, p. 43.
- Ver Texto
- (21)
Ibid., p. 230.
- Ver Texto
- (22) *Rights of Passage*, p.44.
- Ver Texto
- (23)
North Sea Continental Shelf, p. 197 .
- Ver Texto
- (24) Judgment of the CJEU of July 15, 1964, rendered in Case 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*.
- Ver Texto
- (25) The Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.
- Ver Texto
- (26) Regulation 44/2001 of December 22, 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

[Ver Texto](#)

(27) Regulation 1215/2012 of December 12, 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

[Ver Texto](#)

(28) For example, the Decision of the CJEU of March 10, 2016 in case C- 94/14 and Decision of the CJEU of July 7, 2016 in case C-222/15.

[Ver Texto](#)

(29) Hague Convention of 5 October 1961 concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in respect of the Protection of Infants.

[Ver Texto](#)

(30) Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

[Ver Texto](#)

(31) Regulation 1347/2000 of May 29, 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of both Spouses.

[Ver Texto](#)

(32) Regulation 2201/2003 of November 27, 2003 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of both Spouses, repealing Regulation 1347/2000.

[Ver Texto](#)

(33) Hague Convention of November 15, 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters.

[Ver Texto](#)

(34) Council regulation 1348/2000 of May 29, 2000 on the service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters.

[Ver Texto](#)

(35) Regulation 1393/2007 of November 13, 2007, on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Service of Documents), and repealing Regulation 1348/2000.

[Ver Texto](#)

- (36) States responses to Questionnaires regarding the Hague Convention of 1965 available in the Hague Conference of Private International Law website. www.hcch.net
- Ver Texto
- (37) Hague Convention of March 18, 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.
- Ver Texto
- (38) Regulation 1206/2001 of May 28, 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters.
- Ver Texto
- (39) Hague Convention of October 5, 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents (the Apostille Convention).
- Ver Texto
- (40) Regulation 2016/1191 of July 6, 2016, on Promoting the Free Movement of Citizens by Simplifying the Requirements for Presenting Certain Public Documents in the European Union and amending Regulation 1024/2012.
- Ver Texto
- (41) States Responses to the Apostille Convention. Available at: www.hcch.net.
- Ver Texto
- (42) European Convention on the Suppression of Terrorism, done at Strasbourg on January 27, 1977. European Treaty Series — No. 90.
- Ver Texto
- (43) Council Framework Decision of June 13, 2002 on the European Arrest *Warrant* and the Surrender Procedures between Member States (2002/584/JHA).
- Ver Texto
- (44) International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (Bunker 2001), done in London on March 23, 2001.
- Ver Texto
- (45) Council Decision of September 19, 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign, ratify or accede to the International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 (the Bunkers Convention) (2002/762/EC).
- Ver Texto

(46) On this point it may be argued that, if the EU Treaties, through Declaration 17 of the Lisbon Treaty or through the interpretation of the constitutional legal framework by the CJEU, establish the principle of primacy of EU law, this primacy should always be observed in affairs within the EU. The pure application of the Law of Treaties would permit a gradation and would accept that a convention may underline its primacy over any other international convention and that this primacy must be respected. Not only is this the case with EU Law, but also the Charter of the United Nations, article 103 of which states that «In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail». Similarly, the Lisbon Treaty declares the primacy, not only of the Treaty on the Functioning of the European Union, but also of all EU legislation over the national or international laws of the Member States. In the same way that the Charter of the United Nations declared that its primacy shall be respected due to its specific nature, the primacy of EU law would have to be respected due to its constitutional nature and due to the aforementioned Declaration 17. A different debate is if the Declaration 17 would be enough to reach that goal. What it may be difficult to understand are statements as the one contained in the paragraph 249 of the *Sun-Flower Award* rendered in ICSID Case Arb/16/17 which affirms that «no one body of international law can grant to itself supremacy over others». This statement is surprising as the President of the *Sun-Flower Tribunal* was a former judge of the ICJ whose Statute forms part of the United Nations Charter and the article 103 of this Charter grants to itself supremacy over any other international convention in the same way as Declaration 17 of the Lisbon Treaty does.

[Ver Texto](#)

(47) *Eco Oro Minerals Corp. v Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on *Quantum*, 9 September 2021, para. 704, citing W.M. Reisman, «Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law», vol 30 *ICSID Review* (2015), p. 622.

[Ver Texto](#)

Legitimatio ad causam y representación voluntaria: extensión subjetiva del convenio arbitral

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 4ª 16 de septiembre de 2021

Legitimatio ad causam and agency: subjective extension of arbitration agreements

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 16 de septiembre de 2021 estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander de 30 de septiembre de 2019, que revoca y deja sin efecto, al apreciar la falta de legitimación pasiva planteada por el demandado/apelante. El autor del comentario discrepa de los argumentos esgrimidos y reflexiona sobre diversas cuestiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado: (i) la ley aplicable a la legitimación; (ii) la ley aplicable a la representación voluntaria; (iii) la ley aplicable al convenio arbitral; (iv) la extensión subjetiva del convenio arbitral; y (v) los efectos del concurso sobre el convenio arbitral.

Legitimatio ad causam, Representación Voluntaria, Convenio arbitral, Concurso.

The Judgment of the Provincial Court of Cantabria of September 16th, 2021 revokes the judgment of the Commercial Court No. 1 of Santander of September 30, 2019, when assessing the lack of standing raised by the *defendant* / appellant. The author of the comment disagrees with the arguments put forward and reflects on various issues from the perspective of Private international law: (i) the law applicable to standing; (ii) the law applicable to agency; (iii) the law applicable to the arbitration agreement; (iv) the subjective extension of the arbitration agreement; and (v) the effects of the insolvency proceeding on the arbitration agreement.

Legitimatio ad causam, Agency, Arbitration agreement, Insolvency proceeding



Ángel María Ballesteros Barros

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Cádiz

I. LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PLANTEADAS

1. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Cantabria de 16 de septiembre de 2021 (en lo sucesivo SAPC) (1) estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander de 30 de septiembre de 2019 (en lo sucesivo SJMS) (2), que revoca y deja sin efecto, al apreciar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por el demandado/apelante.

2. La SJMS había sido dictada en primera instancia en el seno de un incidente concursal derivado de un procedimiento de insolvencia en que la concursada solicitaba, con base en el art. 52 de la Ley Concursal (en lo sucesivo LC), que se suspendieran los efectos de un convenio arbitral incluido mediante anexo a un contrato de prestación de servicios suscrito entre la concursada y la agencia de representación de un artista para su actuación en Santander, cuya condición 18 establecía que la ley aplicable al contrato sería la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolvería mediante arbitraje con sede en Londres, siendo el idioma a emplear el inglés.

3. La SAPC considera que la cláusula arbitral cuya suspensión se pretende forma parte del clausulado de un contrato suscrito únicamente entre la concursada y la agencia de representación, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva del artista representado sobre la base de la aplicación del art. 10 LEC, pues «en modo alguno se puede sostener la intervención en este procedimiento del demandado, ahora apelante, Sr. Maximo, por el simple y solo hecho de que el objeto de esa relación contractual fuera una actuación personalísima de aquél, pues ello nos llevaría a aceptar situaciones absurdas».

4. El presente comentario plantea diversas cuestiones susceptibles de ser calificadas de manera diferente desde la perspectiva del Derecho internacional privado: (i) la ley aplicable a la legitimación; (ii) la ley aplicable a la representación voluntaria; (iii) la ley aplicable al convenio arbitral; (ii) la extensión subjetiva del convenio arbitral; y (iv) los efectos del concurso sobre el convenio arbitral.

II. LEY APLICABLE A LA LEGITIMACIÓN

1. Dialéctica forma vs fondo

5. La regla *lex fori regit processum* significa que los tribunales del Estado del foro deben aplicar su propio Derecho procesal a todos los procedimientos tramitados en su territorio. Esta regla general tiene su fundamento en el principio de territorialidad y en el carácter cuasi-público de las normas procesales. En Derecho español, la regla aparece enunciada en el art. 3 LEC (3).

6. En Derecho comparado existen problemas de calificación de determinadas cuestiones como de naturaleza procesal o sustantiva. En los sistemas de Derecho civil, el conflicto fondo/forma en la calificación no se resuelve de manera uniforme (4), decantándose unos países por la calificación *lege fori* (5), mientras que otros por la calificación *lege causae* (6). Los países de *common law* históricamente han aplicado la regla *lex fori regit processum* tanto a la forma como al fondo, aunque la distinción ha ido siendo abandonada gradualmente en una tendencia hacia la aplicación de

normas de conflicto bilaterales que contienen puntos de conexión más flexibles (*the most significant relationship or closest connection principle*) (7) . En esta dialéctica forma/fondo es donde hemos de situar el debate de la calificación de la legitimación.

2. *Legitimatío ad causam vs ad processum*

7. La *legitimatío ad causam* es una cuestión preliminar de fondo o sustantiva que deberá resolver el juez en sentencia. Si se apreciara la falta de legitimación, conlleva la desestimación de la demanda. En cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio (8) , sin necesidad de que haya sido planteada a instancia de parte como excepción procesal, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares.

8. Hay que distinguirla de lo que la doctrina ha denominado como *legitimatío ad processum*, consistente en la capacidad procesal o aptitud para comparecer en juicio (art. 7 LEC). Aunque la falta de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC), también podrá ser invocada a instancia de parte a través de una excepción procesal que se examinará en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 416.1.1º LEC) o en el acto de la vista del juicio verbal (art. 443.3 LEC).

9. Como ha afirmado la jurisprudencia del TS, «la legitimación pasiva *ad causam* [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida —titularidad jurídica afirmada— y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996, 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente.» (9)

3. Legitimación directa vs indirecta

10. La legitimación directa, propia u ordinaria, tanto activa como pasiva, «coincide con la titularidad en la relación jurídico-material debatida, es decir, tiene legitimación directa la persona que aparece como titular y obligada del derecho subjetivo» (10) . En Derecho procesal español, «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso» (art. 10 LEC). En nuestra opinión, en el presente asunto la legitimación directa la ostenta el demandado como titular de la relación jurídico-material debatida, esto es, la prestación de servicios contratada.

11. Por su parte, en la legitimación indirecta, impropia o extraordinaria, «la ley faculta a determinadas personas para ejercitar derechos ajenos, es decir, para que puedan actuar eficazmente en el proceso personas distintas de los originarios titulares u obligados en la relación jurídico-material» (11) . Entre los supuestos más comunes de esta legitimación indirecta se encuentran los de

legitimación por representación (12) o por sustitución (13) . El supuesto objeto de estudio encaja en la tipología de los negocios de representación o contratos de mandato, luego en consecuencia la agencia ostentaría una posible legitimación indirecta para ser demandada en el proceso incidental, pero sin que ello constituya un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario previsto por ley.

4. Ley aplicable a la legitimación: *lex causae*

12. Dada la estrecha vinculación existente entre el derecho subjetivo discutido en el proceso y la cuestión de la legitimación, la doctrina mayoritaria estima que, con carácter general, el ordenamiento aplicable a la cuestión de la legitimación debe ser el de la ley aplicable al fondo del litigio (*lex causae*) (14) , que no tiene necesariamente que corresponder con la *lex fori* (15) . La aplicación de la *lex causae* a la cuestión de la legitimación ha sido la regla general en la jurisprudencia de los tribunales españoles (16) .

13. Siendo la *lex causae* la aplicable a la cuestión sustantiva de la legitimación pasiva, y no necesariamente el Derecho español como *lex fori* procesal, en el presente asunto debe considerarse (i) como cuestión previa, cuál resulta el ordenamiento aplicable a la representación voluntaria (ii) la ley aplicable al convenio arbitral, y (iii) si cabe la extensión subjetiva del convenio arbitral al representado.

III. LEY APLICABLE A LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

14. En Derecho comparado existen diferencias importantes en la regulación de la representación voluntaria, en una dialéctica que enfrenta a las distintas concepciones de la figura por los países de *civil law* y de *common law*, los cuales se centran en una noción amplia de la *Agency*. La principal dificultad para el entendimiento es la distinción entre la esfera interna (relaciones entre el representante y el representado), y la esfera externa (relaciones entre el representante y los terceros y sus efectos para el representado). Desde la perspectiva del conflicto de leyes, ello plantea un dilema: aplicar a estas cuestiones la misma ley (principio de unidad) o leyes diferentes (principio de escisión) (17) .

15. La doctrina diferencia: (i) la ley que ha de regular el negocio o contrato de representación entre el representante y el representado (ii) la ley que regula el contrato entre el representante y un tercero; (iii) la ley que ha de determinar la capacidad del representante de vincular a su representado a través de sus actos frente a terceros, y (iv) la ley que regula el contrato entre el representado y un tercero a través de la actividad del representante (18) .

1. Calificación contractual vs representación voluntaria

16. En caso de que existiese un contrato de mandato o de comisión mercantil, el ordenamiento aplicable se determinaría en principio conforme a las reglas del Reglamento n.º 593/2008 (Roma I) (19) . Este instrumento también se aplica al contrato celebrado entre el representante y un tercero. No obstante, conviene tener en cuenta que el art. 1.2º.g) excluye de su ámbito material de aplicación «la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar», con lo que la capacidad del representante de vincular a su representado a través de

sus actos frente a terceros se regulará por las reglas de la representación voluntaria (20) .

17. En Derecho material español, el contrato de mandato se regula en el art. 1709 Cc (21) , mientras que el de comisión mercantil se recoge en el art. 244 Ccom (22) . En los países de *common law*, la *Agency* abarca los supuestos de representación, mandato y agencia, mediante los cuales los efectos del contrato se extienden al representado, que queda vinculado directamente con el contratante a través de la firma del representante, que actúa en su nombre. En los casos de *disclosed agency*, cuando el tercero es consciente de estar contratando con un representante , al representado se le considera como una verdadera parte en el contrato (23) . De hecho, si quisiera exonerarse de responsabilidad frente a las obligaciones contraídas, el agente debe consignar junto a su firma la expresión «*as agents only*» (24) . Incluso en los casos de *undisclosed agency*, el tercero puede dirigir su acción contra el principal o contra el agente que ocultó actuar como su representante (25) .

2. Representación voluntaria vs aparente

18. La representación voluntaria es un negocio jurídico unilateral en virtud del cual una persona (representado) autoriza a otra (representante) a realizar ciertos actos en su nombre. Ese negocio, derivado del acuerdo de las partes, normalmente se materializa con el otorgamiento de un poder de representación. En Derecho español, este negocio de apoderamiento se regula en el art. 1259 Cc.

19. La mayoría de la doctrina entiende aplicable a la representación voluntaria, en defecto de convenio internacional (26) , la norma de conflicto del art. 10.11º Cc, *in fine*, que establece que se aplicará «de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Es decir, existe una conexión principal basada en la autonomía de la voluntad, y una conexión subsidiaria, en defecto de elección, para aplicar la ley donde se ejercen las facultades conferidas (*lex loci actus*).

20. La doctrina critica la redacción del art. 10.11º Cc (27) , por cuanto la conexión subsidiaria utilizada (*lex loci actus*) plantea problemas de concreción, que podrían haberse resuelto si el legislador español hubiera tomado como referencia el art. 11 del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación (28) . En caso de que no hubiera sido pactado un acuerdo de elección de ley aplicable, la doctrina entiende que, en el caso de un representante profesional, la *lex loci actus* debe ser localizada en el país donde tiene su sede de negocios (29) o en el lugar desde el que el representante emite su declaración de conclusión del contrato (30) .

21. En caso de que el representante no disponga de un poder real, el contrato celebrado por el representante aparente es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art. 1738 Cc). Esta institución es abordada con el mismo sentido en Derecho comparado, tanto en los países de *civil law* como de *common law* (*apparent authority* o *agency by estoppel*) (31) .

22. En cuanto a la ley aplicable a la figura del representante aparente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en aplicar la ley del lugar donde se produce la apariencia, localizada en el lugar donde el

intermediario despliega su actividad frente al tercero, esto es, la *lex loci actus*, solución por analogía coincidente con la del art. 10.11º Cc para la representación voluntaria (32).

3. Representación directa vs indirecta

23. En los países de *civil law*, se distingue la representación directa de la indirecta. En la representación directa el representante actúa por cuenta y en nombre del representado, para lo cual se hace necesario el cumplimiento de dos requisitos: (i) el otorgamiento de un poder que faculta al representante para llevar a cabo negocios por cuenta del representado; y (ii) el conocimiento que tienen las partes de la existencia del representado (*dominus*) por cuenta del cual actúa el representante (*contemplatio domini*).

Por su parte, mediante la representación indirecta el representante actúa por cuenta del representado, pero no en su nombre, sino que realiza el negocio jurídico con el tercero en nombre propio (art. 1717 Cc).

24. En los países de *common law*, en cambio, no toma como referencia la dialéctica entre actuación en nombre propio vs. en nombre ajeno, sino que lo trascendente es si el tercero conoce o desconoce que el agente actúa como tal (*disclosed vs undisclosed agency*). En consecuencia, resulta indiferente si el agente actúa en nombre propio o ajeno a la hora de establecer efectos directos entre el tercero y el principal, pues tanto en los casos de *disclosed agency* como en los de *undisclosed agency* el principal puede demandar al tercero y viceversa en relación con el contrato celebrado por el agente (33).

4. Calificación del supuesto

25. En el caso sometido a estudio, la sociedad que actúa como representante (Talent Management & Services FZ LCC) utiliza en el mercado el nombre comercial de *Creative Artists Agency (CAA)*. De acuerdo con los datos que aparecen publicitados en su website (34), esta entidad tiene su sede en Los Ángeles (USA), además de oficinas en Nueva York, Nashville, Memphis, Chicago, Miami, Londres, Múnich, Ginebra, Estocolmo, Shanghai y Beijing, entre otras ciudades. Reúne el caso los indicios de encontrarnos ante la figura del *disclosed agency*, pues el tercero es consciente de estar contratando con el representante del artista, con lo cual al representado debe considerársele como una verdadera parte en el contrato.

26. En cuanto a la ley aplicable a la representación, resulta de aplicación el art. 10.11º Cc. En defecto de elección de ley, se aplicaría la *lex loci actus*. Al tratarse de un representante profesional, la *lex loci actus* debe ser localizada en el país donde tiene su sede de negocios (sea la ley del Estado de California correspondiente a su sede central, o bien la ley del país correspondiente a la oficina de CAA desde la cual se haya ejercido la representación al concluir el contrato), o en el lugar desde el que el representante emite su declaración de conclusión del contrato.

27. La ley aplicable a la representación voluntaria *ex art.* 10.11º Cc determina en qué medida la actuación del representante obliga al representado frente a terceros (35). Como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la ley que rige la representación voluntaria regula la cuestión de

saber si «un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar» (36) . En este marco, hemos de analizar (i) la ley aplicable al convenio arbitral y (ii) la posible extensión subjetiva del convenio arbitral firmado por el representante.

IV. LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

1. Validez formal y material

28. La validez del convenio arbitral debe ser analizada de conformidad con el art. 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo sucesivo LA) (37) , pues el art. II.2 CNY cede ante el art. 9 LA por la aplicación *ex art.* VII CNY de la cláusula de mayor favorabilidad que permite expresamente la aplicación de normas más favorables a las previstas en el CNY para la validez del convenio arbitral (38) .

29. Las normas del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (CG) (39) no resultan de aplicación al caso, pues ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte, lo cual no se cumple en el caso (CCA tendría su sede en USA). El art. VI CG prevé que, al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo, los tribunales decidirán:

«a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral.

b) no existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo;

c) careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conecedor del asunto».

30. En Derecho comparado (40) , la mayoría de los tribunales que se han confrontado con esta cuestión no han tenido en consideración las conexiones previstas en el art. VI.2º CG, decantándose, en defecto de elección expresa de las partes, por aplicar la *lex contractus* (41) , que parece ser la solución mayoritariamente aceptada en la doctrina extranjera (42) . En otros casos se ha tomado como ley aplicable al convenio arbitral el lugar del arbitraje (*lex arbitri*) (43) .

En nuestro supuesto, la validez del convenio arbitral debe ser analizada conforme al Derecho inglés elegido por las partes como *lex contractus*, o conforme al Derecho español como *lex fori*, pues no consta pacto sobre la ley aplicable al convenio arbitral

31. En Derecho español, el art. 9.6º LA prevé que «cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia 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». De acuerdo con la norma de conflicto del art. 9.6º LA, se establecen tres conexiones de aplicación alternativa a cuya luz se apreciará la validez del convenio arbitral (44) .

32. En consecuencia, siendo España el Estado del foro, el convenio arbitral discutido será válido si cumple los requisitos de alguna de las siguientes leyes de manera alternativa: (i) la ley elegida para el propio convenio; (ii) la *lex contractus*; o (iii) la *lex fori*. En nuestro supuesto, la validez del convenio arbitral debe ser analizada conforme al Derecho inglés elegido por las partes como *lex contractus*, o conforme al Derecho español como *lex fori*, pues no consta pacto sobre la ley aplicable al convenio arbitral.

2. Validez sustancial: el consentimiento implícito

33. El acuerdo de arbitraje, por regla general, está informado por el principio del efecto relativo de los contratos, conforme al cual solo alcanza a quienes han manifestado su voluntad expresa de ser parte del acuerdo (45) . El consentimiento de las partes constituye un requisito material de eficacia del convenio arbitral, siendo necesaria la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje (46) . Así ha sido confirmado tanto por la jurisprudencia del TEDH (47) , como de los tribunales españoles (48) .

34. No obstante, se entiende que se produce un consentimiento implícito a la cláusula arbitral que permite extender los efectos de la cláusula cuando el tercero haya participado del proceso de ejecución del contrato por el cual se pacta la cláusula compromisoria y presenta una vinculación directa con el mismo (49) . Así se ha afirmado por la jurisprudencia arbitral de la CCI (50) y española (51) .

35. En nuestra opinión, si bien del caso no nos consta la voluntad inequívoca del tercero para quedar obligado por el convenio arbitral, resulta innegable que el tercero está implicado directamente en la ejecución del contrato firmado por su representante, pues sin la prestación de sus servicios, el objeto material del mismo resultaría de imposible cumplimiento, por lo que cabe entender que existe una aceptación tácita o un consentimiento implícito del convenio arbitral.

V. EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. Supuestos de extensión subjetiva del convenio arbitral

36. En el arbitraje internacional, de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos, estos sólo producen efecto *inter partes*, no siéndoles aplicables a terceros. En Derecho español, este principio se consagra en el primer párrafo del art. 1257 Cc.

37. No obstante, en Derecho comparado la doctrina ha construido varias teorías que sostienen la extensión del contrato de arbitraje a terceros no signatarios (52) : (i) doctrina del estoppel; (ii)

levantamiento del velo societario; (iii) grupo de sociedades (53); (iv) cesión de contrato; (v) agencia o representación, y (vi) sucesión de contrato. Muchas de estas teorías se basan en la existencia de consentimiento implícito del tercero.

38. En otros supuestos, como ocurre en la representación voluntaria, el representado es tan solo es un tercero aparente, pues en el fondo ha quedado obligado como principal por el contrato firmado por su representante. El representado adquiere derechos y obligaciones como una verdadera parte contractual (54). Como defienden M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, «los casos de representación no son propiamente supuestos de extensión a terceros, pues las reglas generales justifican que el acuerdo vincule directamente al principal» (55).

39. En Derecho inglés, en los supuestos de representación por *Agency* no puede hablarse de extensión subjetiva del convenio arbitral a un tercero no signatario, sino que el *tercero aparente* es parte del contrato (56). En el Derecho inglés aplicable, la sección 82 (2) de la *Arbitration Act 1996* establece un concepto amplio de las partes del convenio arbitral al incluir a cualquier persona que reclame bajo o a través de una parte del citado convenio (57).

40. En este ámbito opera una excepción a la regla general de la privacidad de los contratos (*Doctrine of privity*). La *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* crea una excepción a la regla general de la *privity* de acuerdo con la cual un tercero en el contrato puede verse obligado a cumplir con los términos del mismo. En concreto, el art. 8 relativo a las cláusulas de arbitraje, prevé que el tercero será tratado como parte del convenio arbitral en lo que respecta a las controversias entre él y el promitente relativas a la ejecución del contrato por el tercero (58). Los contratos celebrados a través de una *agency* suponen una excepción a la doctrina de la privacidad del contrato en el sentido de que un agente puede contratar en nombre de su principal con un tercero y formar un contrato vinculante entre ellos (59).

41. En USA, la jurisprudencia considera que en caso de *disclosed agency*, el principal, y no el agente, queda obligado por la cláusula arbitral frente al tercero (60); incluso en caso de *undisclosed agency*, existen supuestos en que se considere parte en el acuerdo arbitral al representado incluso cuando el tercero desconociese que contrataba con un representante y no con el principal (61).

2. Ley aplicable a la extensión subjetiva del convenio arbitral

42. La cuestión de la extensión subjetiva de los efectos del convenio arbitral no está regulada ni en la LA ni en los convenios internacionales aplicables en España (CNY y CG). Ante este silencio, la doctrina se divide en dos diferentes posturas respecto a la cuestión de la extensión de efectos a un tercero de la cláusula arbitral: (i) con carácter general, la doctrina entiende es una cuestión que debe quedar subsumida en la ley que rige el convenio arbitral (62); (ii) para el caso de contratos firmados por representantes, algunos autores defienden que el ordenamiento aplicable a la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a terceros no firmantes debe quedar sometida a la ley aplicable a la representación voluntaria *ex art. 10.11º Cc* (63).

43. En nuestra opinión, en el presente caso entendemos que deben aplicarse sucesivamente dos

leyes:

- 1) Como cuestión previa, en caso de que se trate de un contrato firmado por la agencia en calidad de representación voluntaria, el ordenamiento aplicable a la extensión de los efectos de un contrato frente a terceros no firmantes será la ley aplicable a la representación voluntaria *ex art.* 10.11º Cc.
- 2) En el caso de que la ley aplicable a la representación voluntaria permita que el representante obligue al representado frente a terceros, para determinar en qué medida cabe la extensión de los efectos del convenio arbitral sobre terceros no signatarios se aplica como regla general la ley que rige el convenio arbitral. En nuestro caso, será el Derecho inglés como *lex causae* el que determine la existencia de legitimación pasiva del representado frente a una acción como la ejercitada por la concursada en el litigio principal.

VI. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL

44. Por último, hemos de hacer especial mención de que el supuesto se encuadra en el análisis de los efectos del concurso respecto del convenio arbitral suscrito con anterioridad a la declaración de insolvencia y del hecho de que se trata de un convenio arbitral *inerte*, esto es, que no se trata de un procedimiento arbitral ya iniciado antes de la declaración del concurso. Y ello por cuanto los efectos de un convenio arbitral son diferentes si el procedimiento arbitral se ha iniciado antes o después del momento de declaración del estado de insolvencia.

45. Los efectos que un procedimiento de insolvencia abierto en España tiene respecto de un convenio arbitral internacional contenido en un contrato por el que los litigios derivados del mismo se someten a un arbitraje en Londres vienen determinados por la aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (en adelante R 2015/848) (64).

1. Competencia judicial internacional

46. En clave arbitral, que el R 2015/848 acoja el principio de la *vis attractiva concursus* de forma limitada implica que cualquier acción que no se derive directamente del procedimiento de insolvencia ni guarde una estrecha vinculación con este, podría en principio ser sometida a un procedimiento arbitral (65). Desde luego, en este ámbito podemos incluir a las acciones típicamente arbitrales y no concursales, para las que los árbitros mantienen su principio de *Kompetenz-Kompetenz*. En Derecho español, los árbitros están 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 (art. 22 LA). No obstante, algunas decisiones dictadas por los tribunales españoles han considerado que quedan excluidas del arbitraje aquellas acciones civiles para instar la ineficacia de un acto de disposición patrimonial del deudor concursado (66). En todo caso, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* no resulta de aplicación respecto de la eficacia del convenio arbitral en caso de insolvencia del deudor, decisión que entra dentro de la competencia del juez del concurso (67).

47. En definitiva, la competencia para conocer del alcance de los efectos que el proceso de insolvencia abierto en España tiene respecto de una cláusula arbitral internacional contenida en un contrato por el que los litigios derivados del mismo se someten a un arbitraje en Londres, pero que no ha dado lugar a un procedimiento arbitral en curso anterior al concurso, viene atribuida en virtud del principio de *vis attractiva concursus* al juez que ha declarado la apertura del proceso de insolvencia, y no al tribunal arbitral con base en el principio de *Kompetenz-Kompetenz* que no es aplicable respecto de la eficacia del convenio arbitral en caso de insolvencia del deudor, en el supuesto de que aún no se hubiese iniciado el procedimiento arbitral.

2. Determinación del ordenamiento aplicable

48. La norma de conflicto aplicable a los efectos que un procedimiento de insolvencia abierto en España tiene respecto de una cláusula arbitral internacional que se somete a un arbitraje en Londres viene determinada por la aplicación del R 2015/848.

49. En primer lugar, hemos de partir de la regla general del art. 7.1º R 2015/848, conforme a la cual la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento (*lex fori concursus*). De acuerdo con el art. 7.2º R 2015/848, la regla general determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia y, en particular [...] e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte; y f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso.

50. Como excepción a la regla general, el art. 18 R 2015/848 señala que

«los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral».

Este artículo consagra en definitiva la regla de aplicación de la *lex arbitri* al supuesto de que el procedimiento arbitral esté en tramitación cuando se produzca la declaración de apertura de la insolvencia. Este art. 18 R 2015/848 ha superado la controvertida redacción del art. 15 R 1346/2000, que no contenía la mención de los procedimientos arbitrales pendientes, si bien tanto la jurisprudencia (68) como la doctrina consideraron que debían equipararse a los procesos judiciales en curso. A la vista de este precepto, si el procedimiento arbitral se hubiese encontrado en curso cuando se declara la apertura del concurso, entonces habría resultado de aplicación al caso el contenido de lo dispuesto en la *lex arbitri* —en nuestro supuesto, el Derecho inglés—.

51. Es evidente que en el presente caso no se dan los presupuestos de aplicación de la excepción prevista en el art. 18 R 2015/848, pues se trata de los efectos del concurso sobre un convenio arbitral *inerte*, esto es, que el procedimiento arbitral no ha comenzado antes de la declaración del concurso. Misma reflexión cabría hacer respecto del art. 27 LA (69). En el supuesto de que se hubiese iniciado un proceso arbitral después de la apertura del concurso, pero antes de que se suspendiera el

convenio arbitral, entendemos que la regla general de aplicación sería igualmente la *lex fori concursus* (70) . En consecuencia, la norma de conflicto aplicable a los efectos del concurso sobre un convenio arbitral respecto del cual no se iniciado ningún procedimiento arbitral resulta ser la regla general del art. 7 R 2015/848, esto es, la aplicación de la *lex fori concursus* —en nuestro supuesto, la LC española—.

52. El art. 52 LC resulta de aplicación al caso tanto a los concursos internos como internacionales una vez que la norma de conflicto aplicable es el R 2015/848, cuyo art. 7.2º determina que la LC española resulta aplicable al supuesto (71) . De acuerdo con los términos del art. 52.1º LC, «la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales» (72) . Es decir, la regla general mantiene la eficacia de los convenios arbitrales anteriores a la declaración del concurso. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso (73) . Como afirma la doctrina, ello supone una limitación de la *vis attractiva concursus* en relación con la institución del arbitraje (74) , y se aparta de la regla general prevista en el art. 50 LC (75) .

53. Como excepción a lo establecido en el art. 52.1º LC, se faculta al juez del concurso a suspender los efectos de los convenios arbitrales previamente suscritos si entendiese que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Esta cuestión fue analizada por la SJMS al justificar la suspensión del convenio arbitral por entender como perjudicial para el concurso por la inviabilidad del proceso arbitral en Londres por su elevado coste, que sería inasumible para la masa del concurso.

BIBLIOGRAFÍA

ABDEL WAHAB, M. S., «Extension of Arbitration Agreements to Third Parties 2.0: Deconstruction, Evolution and Reconsideration», en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2019, pp. 17-76.

AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, De conflictu legum, Universidade de Santiago de Compostela , 2001.

BALLESTEROS BARROS, Á.M.ª, «La eficacia del convenio arbitral internacional en caso de insolvencia (SJM Santander 30 septiembre 2019)», *LA LEY: Mediación y arbitraje*, n.º 1 (enero-marzo), 2020.

BARTIN, E., «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», *Journ. dr. int.*, t. 24, 1897, pp. 255-268.

- BOND, S., «What were they thinking? The Law Governing the Arbitration Agreement», *Liber Amicorum en l'honneur de William Laurence Craig*, París, LexisNexis, 2016, pp. 29-56.
- BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, La Haya, Kluwer Law International, 2012.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Art. 10, apartado 11», en M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART (sirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 788-794.
- BRAVO ABOLAFIA, L., NAVARRO JIMÉNEZ, S. y PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, J.. «La extensión del convenio J.L. Collantes González (coord.), *El convenio arbitral*, Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 62, 2019, pp. 405-430.
- CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016.
- CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C. «Arbitraje y concurso de acreedores», en Pulgar Ezquerro, J. (dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2019, pp. 605-622.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B. «Representación indirecta y Undisclosed agency: su convergencia (la Convention on agency in the international sale of goods y los Principies of European Contract Law)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LV, n.º 4, 2002, pp. 1718-1749.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.
- FURMSTON, M. P., *Law of Contract*, 17ª ed., Oxford University Press, 2017.
- GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª ed., Palma de Mallorca, Universitat de Les Illes Balears, 2008.
- GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht*, Colonia, Otto Schmidt, 2019.
- GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2018.
- GÓMEZ JENE, M., «Concurso y arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 92-103.
- GÓMEZ JENE, M. «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 7-38.
- GOSALBO BONO, R., «Consideraciones en torno a la distinción entre el fondo y la forma en el Derecho internacional (Público y Privado)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 1, 2019, pp. 23-62.

HEREDIA CERVANTES, I., «Tratamiento concursal del convenio arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, n.º 86/2009, de 29 abril 2009)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, n.º 3, 2010, pp. 841-849.

JIMÉNEZ BLANCO, P., *El contrato internacional a favor de terceros, De Conflictu Legum*, Santiago de Compostela, Estudios de Derecho internacional privado, 2002.

LABBÉ AROCCA, J.P., «La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: análisis de algunas teorías», *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 25, n.º 2, 2018, pp. 201-236.

LACHMANN, J. P., *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3ª Ed., Colonia, Otto Schmidt, 2008.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., «Efectos de la declaración judicial de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales», *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 27, 2012, pp. 45-94.

OLATAWURA, O., «The Privy to Arbitration Doctrine: The Withering of the Common-Law Privy of Contract Doctrine in Arbitration Law», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 16, n.º 3-4, 2007, 50 pp.

PALAZÓN GARRIDO, M.ª L., «La transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral», en S. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho Comparado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp. 363-426.

PENADÉS FONTS, M. A., «Art. 10.11º Cc», en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, pp. 142-143.

PITKOWITZ, N., «The Law Applicable to the Arbitration Agreement», *Liber Amicorum en l'honneur de William Laurence Craig*, París, LexisNexis, 2016, pp. 275-288.

RUEDA VALDIVIA, R., *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «El acuerdo de arbitraje: validez formal y sustancial», en S. Sánchez Lorenzo (dir.), *Arbitraje comercial internacional. Estudio de Derecho Comparado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp. 271-316.

TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2007.

VILLALOBOS LÓPEZ, A. y PARÍS CRUZ, M., «La cláusula arbitral a partes no signatarias», *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 131, 2013, pp. 13-42.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación*

internacional, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007 .

WESSELS, B., *International Insolvency Law. Part II, European Insolvency Law*, vol. X, Deventer, Wolters Kluwer ,, 2017, pp. 378-392.

WOLFF, M., *Private International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1950.

.....
(1) ECLI:ES:APS:2021:1097.

[Ver Texto](#)

(2) ECLI:ES:JMS:2019:1003. Cf. comentario de la SJMS del mismo autor, «La eficacia del convenio arbitral internacional en caso de insolvencia (SJM Santander 30 septiembre 2019)», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 1 (enero-marzo), 2020.

[Ver Texto](#)

(3) Artículo 3 LEC: «Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas».

[Ver Texto](#)

(4) R. Gosalbo Bono, «Consideraciones en torno a la distinción entre el fondo y la forma en el Derecho internacional (Público y Privado)», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, n.º 1, pp. 23-62, p. 47.

[Ver Texto](#)

(5) Entre otros, el Derecho francés, siguiendo la tesis de E. Bartin, «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», *Journ. dr. int.*, 1897, vol. 24, pp. 255-268. Vid.. Sentencia de la Cour de Cassation de 12 junio 1955 en el asunto *Caraslanis c. Caraslanis* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 723).

[Ver Texto](#)

(6) Es paradigma de esta tesis el Derecho alemán. Vid.. M. Wolff, *Private International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1950, pp. 146-147. En la jurisprudencia, cfr. Sentencia del Reichsgericht de 11 abril 1940 (RGZ, 1940, 163, p. 367).

[Ver Texto](#)

(7) R. Gosalbo Bono, «Consideraciones en torno a la distinción entre el fondo y la forma en el Derecho internacional (Público y Privado)», *loc. cit.*, pp. 49-55.

Ver Texto

(8) STS 15 noviembre 2011 [ECLI:ES:TS:2011:7365]

Ver Texto

(9) STS 27 junio 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5089]

Ver Texto

(10) *Diccionario Panhispánico de dudas*, 2020.

Ver Texto

(11) *Ibíd.*

Ver Texto

(12) *Ibíd.*: «Supuesto de legitimación extraordinaria en el que la ley faculta para ejercitar directamente la acción a quien no es titular y lo hace no en interés propio sino en interés ajeno, con fundamento normalmente en la relación orgánica que deriva de la pertenencia del sustituido a una determinada entidad que acciona.»

Ver Texto

(13) *Ibíd.*: «Supuesto de legitimación extraordinaria en el que la ley permite hacer valer, en nombre e interés propio, derechos subjetivos que se afirman de otro.»

Ver Texto

(14) Entre otros, A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 865; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas -Thomson Reuters, 9ª ed., 2016, p. 299; F. Garau Sobrino, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de Les Illes Balears, 2ª ed., Palma de Mallorca, 2008, p. 85.

Ver Texto

(15) Incluso entre los partidarios de la aplicación de la *lex fori* a la legitimación, admiten que «*si la lex causae admite una legitimación indirecta por sustitución o representación debería admitirse, aun cuando no tuviese un equivalente exacto en el Derecho procesal español*». Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 426.

Ver Texto

(16) Por todas, STS 13 enero 2015 [ECLI:ES:TS:2015:181], en que el Alto Tribunal afirma que «la legitimación [...] se regula no por la ley del estado en que se tramita el proceso, sino por la ley aplicable para resolver las cuestiones sustantivas objeto del mismo.» (F. J. 18º)

[Ver Texto](#)

(17) A. Borrás Rodríguez, «Artículo 10, apartado 11», en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Edersa, 1995, pp. 788-794, p. 790.

[Ver Texto](#)

(18) M.A. Penadés Fons, «Artículo 10.11 CC», en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 142-143.

[Ver Texto](#)

(19) A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 1092.

[Ver Texto](#)

(20) A. Borrás Rodríguez, «Artículo 10, apartado 11», *loc. cit.*, pp. 791-792.

[Ver Texto](#)

(21) Art. 1709 Cc: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.»

[Ver Texto](#)

(22) Art. 244 Código de comercio: «Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.»

[Ver Texto](#)

(23) M. S. Abdel Wahab, «Extension of Arbitration Agreements to Third Parties 2.0: Deconstruction, Evolution and Reconsideration», en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2019, pp. 17-76, p. 27.

[Ver Texto](#)

(24) *Internaut Shipping v. Fercometal SARL*, EWCA Civ 812, para. 53 (2003).

[Ver Texto](#)

(25) A. Tweeddale y K. Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2007, p. 561.

[Ver Texto](#)

(26) España no es Estado Parte ni en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los

contratos de intermediarios y a la representación, ni tampoco en el Convenio de Ginebra de 17 febrero 1983, sobre la representación en el contrato de compraventa internacional de mercancías.

[Ver Texto](#)

(27) A. Borrás Rodríguez «Artículo 10, apartado 11», *loc. cit.*, p. 793.

[Ver Texto](#)

(28) Art. 11 Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978: «En las relaciones entre el representado y los terceros, la existencia y el ámbito de poderes del intermediario, así como los efectos de los actos del intermediario en el ejercicio real o pretendido de sus poderes, se regirán por la ley interna del Estado en el que el intermediario tuviera su establecimiento profesional en el momento en que actúa. No obstante, la ley interna del Estado en el que el intermediario actúa es aplicable si: (a) el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en este Estado y el intermediario ha actuado en nombre del representado; o (b) el tercero tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado; o (c) el intermediario ha actuado en bolsa o ha tomado parte en subastas; o (d) el intermediario no tiene establecimiento profesional. Cuando una de las partes tenga varios establecimientos profesionales, el presente artículo se referirá al establecimiento con el que el acto del intermediario se conecte más estrechamente.»

[Ver Texto](#)

(29) A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 1094.

[Ver Texto](#)

(30) M. A. Penadés Rons, «Artículo 10.11º Cc», *loc. cit.*, p. 143; R. Rueda Valdivia, *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998, pp. 176-183.

[Ver Texto](#)

(31) *Ibid.*, pp. 263-269.

[Ver Texto](#)

(32) *Ibid.*, pp. 264-265.

[Ver Texto](#)

(33) B. Fernández Gregoraci, «Representación indirecta y Undisclosed agency: su convergencia (la Convention on agency in the international sale of goods y los Principies of European Contract Law)», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, n.º LV-4, pp. 1718-1749, pp. 1718-1719.

[Ver Texto](#)

(34) <https://www.caa.com/contact-o>; <https://es.linkedin.com/company/creative-artists-agency>

Ver Texto

(35) A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 1094.

Ver Texto

(36) STS 14 junio 1974 [R. 1974, 2637].

Ver Texto

(37) BOE 26.12.2003.

Ver Texto

(38) Así lo interpreta M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 7-38, p. 8.

Ver Texto

(39) BOE 04.10.1975.

Ver Texto

(40) *Vid.* el excelente estudio de Derecho comparado realizado por S. Sánchez Lorenzo, «El acuerdo de arbitraje : validez formal y sustancial», en S. Sánchez Lorenzo (dir.), *Arbitraje comercial internacional. Estudio de Derecho Comparado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp. 271-316.

Ver Texto

(41) M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *loc. cit.*, pp. 18-19, con cita de las siguientes resoluciones: OLG Múnich de 7 abril 1989 [23 U 6310/88, *RIW*, 1990, pp. 585-586], *Swenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* [2005] EWHC 2437; *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) v. Ferrell International Ltd* [2002] 1 All ER (Comm) 627.

Ver Texto

(42) S. Bond, «What were they thinking? The Law Governing the Arbitration Agreement», *Liber Amicorum en l'honneur de William Laurence Craig*, LexisNexis, París, 2016, pp. 29-56; N. Pitkowitz, «The Law Applicable to the Arbitration Agreement», *Liber Amicorum en l'honneur de William Laurence Craig, op. cit.*, pp. 275-288.

Ver Texto

(43) *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHRC 12. En defensa de esta solución, *vid.* J. P. Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3ª ed., Colonia, Otto Schmidt 2008, p. 76; R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, Colonia, Otto Schmidt, 2019, p. 1435.

[Ver Texto](#)

(44) M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *loc. cit.*, pp. 19-21.

[Ver Texto](#)

(45) J. P. Labbé Arocca, «La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: análisis de algunas teorías», *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 25, n.º 2, 2018, pp. 201-236, p. 201.

[Ver Texto](#)

(46) M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *loc. cit.*, p. 9.

[Ver Texto](#)

(47) STEDH 28 octubre 2010, n.º 1643/06, asunto *Suda c. République Tchèque* [ECLI:CE:ECHR:2010:1028JUD000164306].

[Ver Texto](#)

(48) Por todas, STS 11 febrero 2010 [ECLI:ES:TS:2010:1669] y STS 27 junio 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2500].

[Ver Texto](#)

(49) A. Villalobos López y M. París Cruz, «La cláusula arbitral a partes no signatarias», *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2013, n.º 131, pp. 13-42, pp. 24-26.

[Ver Texto](#)

(50) En este sentido, la Corte de Apelaciones de París del 15 de junio de 1989 determinó que «la cláusula arbitral de un contrato internacional tiene validez y eficacia por sí misma, que debe ser interpretada extendiendo sus efectos a partes directamente involucradas en la ejecución contractual, y en las disputas que puedan derivarse de ella, una vez que se haya establecido que su posición contractual y su conducta demuestran que han aceptado el acuerdo arbitral su existencia y su alcance, a pesar de que no lo hayan firmado».

[Ver Texto](#)

(51) M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *loc. cit.*, pp. 21-22, con cita de la STS 26 mayo 2005 [ECLI:ES:TS:2005:3403], STSJ Madrid de 16 diciembre 2014 [ECLI:ES:TSJM:2014:15736] y STSJ Madrid de 13 diciembre 2016 [ECLI:ES:TSJM:2016:1326].

[Ver Texto](#)

(52) Al respecto, *vid.* L. Bravo Abolafia, S. Navarro Jiménez y J. Pérez de La Cruz Oña, «La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes», *loc. cit.*, pp. 416-430.

[Ver Texto](#)

- (53) Vid.. H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, De conflictu legum, Universidade de Santiago de Compostela, 2001.
- [Ver Texto](#)
- (54) *Ibíd.*, p. 255.
- [Ver Texto](#)
- (55) Vid.. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional, op. cit.*, pp. 316-317.
- [Ver Texto](#)
- (56) M.^a L. Palazón Garrido, «La transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral», en S. Sánchez Lorenzo, *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho Comparado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 363-426 , pp. 400-401.
- [Ver Texto](#)
- (57) *Arbitration Act 1996*, section 82 (2): «References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement».
- [Ver Texto](#)
- (58) Sobre la *doctrine of Privity* y su limitación en las cláusulas arbitrales, *vid.* O. Olatawura, «The Privity to Arbitration Doctrine: The Withering of the Common-Law Privity of Contract Doctrine in Arbitration Law», *The American Review of International Arbitration*, 2007, vol. 16, n.º 3-4, 50 pp.
- [Ver Texto](#)
- (59) Sobre la *doctrine of Privity* en relación con el contrato de *agency*, *vid.* M. P. Furmston, *Law of Contract*, 17^a ed., Oxford University Press, 2017, pp. 589-625.
- [Ver Texto](#)
- (60) *Covington v. Aban Offshore Ltd.*, 650 F.3d 556, 559 (5th Cir. 2011).
- [Ver Texto](#)
- (61) *Interbras Cayman Co.v.Orient Victory Shipping Co., S.A.*, 663 F.2d 4, 6 (2d Cir. 1981).
- [Ver Texto](#)
- (62) Entre otros, defienden esta tesis G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2012, p. 100; y L. Bravo Abolafia, S. Navarro Jiménez y J. Pérez de La Cruz Oña,

«La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes», en J. L. Collantes González (coord.), *El convenio arbitral*, Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 62, Lima, 2019, pp. 405-430, p. 416 .

[Ver Texto](#)

(63) Por todos, *vid.* P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de terceros*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, Estudios de Derecho internacional privado, 2002, p. 159.

[Ver Texto](#)

(64) DO L 141 de 05.06.2015.

[Ver Texto](#)

(65) *Vid.* M. Gómez Jene, «Concurso y arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 92-103, p. 99.

[Ver Texto](#)

(66) AJM Madrid 01.07.2019 [ECLI: ES:JMM:2019:91A]

[Ver Texto](#)

(67) *Vid.* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2018, pp. 344-352.

[Ver Texto](#)

(68) Sentencia de la Court of Appeal (Civil Division) de Londres de 09.07.2009, asunto *Syska & Elektrim vs. Vivendi Universal* [2009] EWCA CIV 677.

[Ver Texto](#)

(69)

De acuerdo con el artículo 27 LA, «salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.»

[Ver Texto](#)

(70) De esta misma opinión, *vid.* B. Wessels, *International Insolvency Law. Part II, European Insolvency Law*, vol. X, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, pp. 378-392, esp. p. 381, que se apoya para esta interpretación en la STJUE de 24.10.2013, asunto C-85/12, *LBI vs. Kepler Capital* [ECLI:EU:C:2013:697]

[Ver Texto](#)

(71) En contra de lo mantenido por el AAP Barcelona 29.04.2009, asunto *Pirelli* [ECLI:ES:APB:2009:6789A]. *Vid.* Comentario de I. Heredia Cervantes, «Tratamiento concursal del convenio arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, n.º 86/2009, de 29 abril 2009)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje*

Comercial y de Inversiones, 2010, n.º 3, vol. III, pp. 841-849.

[Ver Texto](#)

(72) Apartado 1 modificado por la Disposición Final 3.2 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 21.05.2011)

[Ver Texto](#)

(73) En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, «es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura.»

[Ver Texto](#)

(74) *Vid.* P. Martínez-Gijón Machuca, «Efectos de la declaración judicial de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales», *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 27, 2012, pp. 45-94, esp. p. 51.

[Ver Texto](#)

(75) *Vid.* C. Espín Gutiérrez, «Arbitraje y concurso de acreedores», en J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Manual de Derecho Concursal*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2019, pp. 605-622, esp. p. 616.

[Ver Texto](#)

NOTAS



Procedimiento de ejecución de laudo extranjero: la ausencia de competencia del tribunal para conocer del procedimiento de ejecución del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) como motivo de inadmisión de su reconocimiento

Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco CP 1ª de 1 de marzo de 2021

Foreign award execution procedure: the court's absence of jurisdiction to know the execution procedure of the arbitral award rendered by the Court of Arbitration for Sport (CAS) as a reason for inadmission of its recognition

El Auto nº 2/2021 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), Sala de lo Civil y Penal, de fecha 1 de marzo de 2021, declara en su parte dispositiva que tal Tribunal carece de competencia para conocer de la demanda (y por tanto del procedimiento) de ejecución del laudo suizo dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) el 6 de abril de 2020.

Como motivo o fundamento principal de la denegación la decisión judicial invoca en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo el tenor de la regla prevista en el art. 8.6º Ley 60/2003, de arbitraje (LA) así como la norma procesal interna prevista tanto en el art 54.6º Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI) como en el art. 545.3º LEC.

El Auto judicial concluye que, no disponiendo de domicilio o residencia en España la parte demandada, el TSJPV sólo gozaría de la citada competencia si el laudo fuese ejecutable en territorio de la Comunidad Autónoma Vasca o aquí fuese a producir sus efectos. En el presente caso no existe activo sobre el que ejecutar el laudo; es decir, no se ha acreditado la existencia de objeto sobre el que eventualmente ejercitar la ejecución del laudo una vez homologado, y no existiendo objeto de la ejecución no es competente dicho Tribunal para conocer de la acción ejercitada.

El Fundamento de Derecho Quinto del propio Auto del TSJPV formula o parece querer formular un segundo motivo o causa de denegación, con apoyo normativo en el art. IV del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958 (CNY), concretado en la no incorporación en la demanda de reconocimiento del laudo extranjero de la documentación que cumpla con los requisitos formales reseñados en tal norma convencional. Este último Fundamento de Derecho del Auto judicial culmina con la adicional invocación de otros dos bloques normativos: el sistema interno o autónomo español, por un lado, con la cita del art. 54.4º LCJI y del art. 46 LA, y por otro, en ese orden, con la alusión referida al sistema convencional bilateral, al citar el art. 2 del Tratado bilateral entre España y la Confederación Suiza de fecha 19 de noviembre de 1896.



Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

El Auto del TSJPV, Sala de lo Civil y Penal, 1 de marzo de 2021 (1) resuelve de forma acertada la primera de las dos cuestiones que analiza en relación al procedimiento de «execuátur en reconocimiento del laudo arbitral de fecha 6 de abril de 2020, dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte con sede en Lausanne, Suiza». En realidad, y para aclarar esa afirmación del tribunal, debe entenderse que el execuátur de laudos extranjeros es el procedimiento necesario de reconocimiento que se requiere para que un laudo dictado fuera del territorio español pueda llegar a ejecutarse en él (2).

Tal y como acertadamente señaló el gran especialista en esta materia de nuestra doctrina, el profesor J.C. Fernández Rozas (3), el art. 46 LA/2003, tras reiterar la definición de laudo extranjero de la LA/1988, esto es, «el pronunciado fuera del territorio español», soluciona de una vez por todas el eterno problema de la dualidad de regímenes existente en nuestro ordenamiento y en muchos otros, como consecuencia de la observancia del CNY. Debe recordarse que este último instrumento internacional posee para la mayor parte de los países que lo han suscrito y para España un carácter universal en el sentido de que se aplica a los laudos arbitrales procedentes de «todos» los países, con independencia de que éstos sean o no, a su vez, parte del Convenio (4).

A ello responde en tenor del art. 46.2º LA, con arreglo al cual, «el execuátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros».

El art. III CNY deja a los Estados parte establecer las reglas procesales que estime oportunas para establecer el execuátur de los laudos arbitrales extranjeros y de conceder «su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada». De acuerdo con el art. III, los Estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y concederán su ejecución «de conformidad con las normas de procedimiento

vigentes en el territorio donde sea invocada», aunque los presupuestos del reconocimiento se regularán de acuerdo con los art. IV y V.

Son dos, en efecto, las dimensiones de análisis que desde nuestra perspectiva de estudio contiene el Auto judicial del TSJPV y que merecen ser analizadas: a) la que aparece recogida en la parte dispositiva de la decisión por la que el Tribunal se declara incompetente para conocer de dicho «procedimiento de ejecución del laudo arbitral extranjero»; b) la invocada *ab abundantiam*, en una especie de confuso *obiter dicta*, recogida en el Fundamento de Derecho Quinto del Auto, relativo a la documentación formal que debe acompañar y que procede incorporar a las demandas de reconocimiento de laudo extranjero para obtener el reconocimiento del mismo, algo que, subraya la decisión judicial, «tampoco ha hecho el demandante».

La primera y principal cuestión planteada en esta decisión judicial, que el TSJPV resuelve de manera correcta y manejando en este caso con acierto los diferentes bloques normativos en presencia, se centra en el análisis de oficio de su propia competencia en materia de reconocimiento de laudos extranjeros.

En efecto, en primer lugar, el TSJPV señala que efectivamente son competentes para dirimir la cuestión suscitada y recuerda cuáles son las normas aplicables al execuátur de laudos arbitrales extranjeros en España y que también son de aplicación en relación con el execuátur del laudo dictado en este caso por el TAS, con sede en Suiza.

La Sala Civil y Penal del TSJPV es competente para el conocimiento de la demanda de execuátur del laudo extranjero planteado en el caso ahora analizado en virtud de lo establecido en los arts. 73.1º.c) LOPJ (5) y 8.6º LA (que prima en su aplicación en su condición de norma especial (*lex specialis derogat lex generalis*) (6) .

En cuanto a la competencia territorial, tal y como señala el propio art. 8.6º LA, será competente: a) En primer lugar, la Sala de lo Civil y de lo Penal del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento; o también, alternativamente, la Sala que corresponda al lugar del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllos; b) En segundo lugar, en defecto de los dos criterios anteriores, la Sala que corresponda al lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos (7) .

Pese al acertado manejo de las fuentes normativas que realiza el TSJPV, y atendiendo a las relaciones entre los diversos bloques normativos en presencia, merece la pena subrayar, para aclarar algún extremo de sus argumentaciones técnicas, que conforme a la Disposición adicional primera letra e) de la LCJI el art. 46 LA tiene, a los efectos previstos en el art. 2 LCJI, relativo a las «fuentes», la consideración de norma especial en materia de cooperación internacional en materia civil y mercantil.

De esta forma, los preceptos de la LCJI sólo serán de aplicación cuando no haya una regulación específica sobre el particular en nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre con la competencia para conocer del execuátur (art. 8.6º LA), o que la cuestión se encuentre regulada en el CNY, como

por ejemplo la relativa a los documentos que hay que acompañar con la demanda (art. IV CNY).

Debe tenerse presente que la LCJI permite la posibilidad de que la demanda de execuátur y la solicitud de ejecución se puedan acumular en el mismo escrito, sin perjuicio de que no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el execuátur (art. 54.1º): ello tiene lógica por un principio de economía procesal cuando el mismo órgano tiene competencia para conocer de la resolución judicial extranjera y de su ejecución. En cambio, lo anterior no es de aplicación en el caso de execuátur de laudos y resoluciones arbitrales extranjeras, dado que la competencia para el reconocimiento se establece a favor de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que la ejecución de dicho laudo o resolución arbitral, una vez obtenido el correspondiente execuátur, se ha de presentar ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda.

Conforme al art. 54 LCJI, en este caso es correcto el actuar del TSJPV; en efecto, y en lo que respecta a la determinación de su competencia objetiva, la norma dispone expresamente que el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos, al señalar que,

«El secretario judicial, no obstante, en el caso de que apreciase la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en plazo de diez días sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de cinco días concedido para ello por el secretario judicial».

El recurso de reposición propuesto en la parte dispositiva final de la decisión judicial ahora comentada (y que deniega la apertura del procedimiento de ejecución del laudo arbitral extranjero) es correcto: teóricamente, y atendiendo al tenor del art. 455.1º LEC, ante la decisión de inadmisión hubiera debido poder plantearse recurso de apelación, pero dado que el órgano competente es la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ, la resolución de inadmisión dictada sería irrecurrible ya que el superior jerárquico a dicho órgano jurisdiccional, la Sala Primera del Tribunal Supremo, no conoce de recursos de apelación (art. 56.1º LOPJ).

En el supuesto ahora analizado, el laudo arbitral dictado por el TAS proviene de un contencioso entre un intermediario paraguayo y un club argentino, por lo que la competencia del TSJPV no puede derivar, evidentemente, de los dos primeros criterios de la norma prevista en el art. 8.6º LA (lugar de residencia de las partes), sino que solo podría derivar, de forma subsidiaria, de la competencia territorial donde se debe proceder a la ejecución y donde deba producir sus efectos el laudo.

El solicitante del procedimiento de ejecución del laudo arbitral alegaba la existencia de un activo (un derecho de crédito, susceptible de embargo) en Vitoria-Gasteiz, capital de la CCAA del País Vasco y, en consecuencia, y de conformidad con el art. 545.3º LEC, se podía interesar la ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia «ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados».

En opinión del demandante, y conforme a lo previsto en el citado art. 8.6º LA, en relación con el art. 545.3º LEC, debía considerarse Vitoria como el lugar de ejecución del citado laudo arbitral.

Sin embargo, y a la luz de lo expuesto durante el procedimiento, la Sala estima que este Tribunal carece de competencia para conocer de la demanda de reconocimiento del laudo suizo en cuestión; no disponiendo de domicilio o residencia en España la parte demandada, como bien dice la parte actora, sólo gozaría de la citada competencia si el laudo fuese ejecutable en territorio de la Comunidad Autónoma Vasca o aquí fuese a producir sus efectos.

En el presente caso y de forma acertada, el TSJPV concluye que no existe activo sobre el que ejecutar el laudo: es decir, no se ha acreditado la existencia de objeto sobre el que eventualmente ejercitar la ejecución del laudo una vez homologado, y no existiendo objeto de la ejecución no es competente esta Sala para conocer de la acción ejercitada (8) .

De hecho, éste es el único motivo citado en la parte dispositiva del Auto, en el que el Tribunal acuerda declararse incompetente para conocer del procedimiento de ejecución del Laudo arbitral dictado por el TAS.

Volviendo a la argumentación jurídica del TSJPV en su Auto, sorprende el tenor del Fundamento de Derecho Quinto en el que, tras citar secuenciadamente, de forma aséptica y escalonada el art. IV del CNY, el art. 54.4º LCJl y el art. 46 LA, y por último el art. 2 del Tratado bilateral entre España y la Confederación Suiza de fecha 19 de noviembre de 1896, formula o parece querer formular un segundo motivo o causa de denegación del reconocimiento del laudo sobre la base de tal fundamento normativo y que merece un comentario final, cuando concluye su argumentación señalando que, ante la ausencia de la documentación requerida por toda esa secuencia de normas convencionales e internas citadas, «procede incorporar a las demandas de reconocimiento de laudo extranjero un documento que cumpla los requisitos formales reseñados, lo que tampoco ha hecho el demandante».

Cabe recordar que conforme al tenor del art. IV del CNY,

«Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.*
- b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.*

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular».

El art. 46.1º LA considera como laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español; y el apartado segundo del mismo artículo precisa que el «*exequatur*» de laudos extranjeros se regirá por el CNY, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión y que se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Así se deduce o infiere del propio tenor del art. 1.1º CNY. Lo que no cabe es otorgar el reconocimiento/*exequatur* de un laudo extranjero por el hecho de que éste cumpla parcialmente con los requisitos exigidos por varias normativas globalmente consideradas como un todo; es decir, no procede construir una mezcla de condiciones más favorables procedentes de distintos convenios o normativas en conflicto. Tampoco es correcto acudir, para otorgar el reconocimiento/*exequatur* de un laudo extranjero, a la normativa de producción interna prevista para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Por tanto, la determinación del régimen normativo aplicable no presenta grandes dificultades en este caso: como es sabido, el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España están regulados por el CNY.

Tanto la como el propio CNY consagran el llamado «principio de mayor favorabilidad». El art. 46.2º LA prevé la aplicación del CNY «...sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a la concesión del *exequatur*...», y el art. VII del CNY prevé que «las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque».

El principio de mayor favorabilidad que recogen ambos preceptos no es más que un criterio para resolver los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre el CNY, por una parte, y otros convenios internacionales o el propio Derecho interno, por otra, en materia de *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros («sentencias arbitrales» en la terminología del Convenio). Al amparo de este principio, la parte interesada puede invocar un régimen más favorable a la concesión del *exequatur* (9).

Lo que no procede en ningún caso es realizar o proponer una aplicación cumulativa de las previsiones de las normas citadas (hasta tres) en el Auto del TSJPV: habrá que determinar con antelación, y atendiendo al criterio antes expresado de mayor favorabilidad, cuál de ellos resulta de aplicación al caso.

Otro ámbito de reflexión que suscita el Auto es el relativo a si el incumplimiento de tales requisitos formales conduce a que no proceda tramitar por parte del Tribunal el procedimiento de ejecución del laudo arbitral o si, por el contrario, tal defecto es subsanable.

El mero incumplimiento de alguna exigencia puramente formal no puede dar al traste con el reconocimiento/ejecución de laudo arbitral. Tal interpretación flexible ha sido expresamente asumida por la jurisprudencia comparada.

En teoría, la falta de cumplimiento de estos requisitos formales (copia autenticada y traducción) de dichos documentos comporta el rechazo del exequátur. Sin embargo, estos requisitos son subsanables, tal y como señala el TSJ de Cataluña en Auto de 17 de noviembre de 2011 (10).

Tal y como señala el profesor Gomez Jene (11), el art. IV del CNY regula los elementos que deben aportarse junto con la demanda de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero. En tanto que norma convencional, su aplicación desplaza la norma interna. Por tanto, y aunque existe cierta jurisprudencia afirmando lo contrario, el art. 399 LEC no es aplicable en este contexto (12): es decir, la demanda se ajustará a los requisitos del art. 399 LEC y deberá ir acompañada de todos los documentos detallados en el art. IV CNY.

El mero incumplimiento de alguna exigencia puramente formal no puede dar al traste con el reconocimiento/ejecución de laudo arbitral. Tal interpretación flexible ha sido expresamente asumida por la jurisprudencia comparada. A falta de disposición convencional, la opción más correcta pasa por aplicar el Derecho del Estado requerido, pues el procedimiento de autenticación del laudo se inscribe en un procedimiento más amplio de reconocimiento que se regula por el derecho de ese Estado.

Por todo ello cabe subrayar que el último argumento recogido en el Fundamento de Derecho Quinto del Auto del TSJPV hubiera adquirido mayor calidad técnica incorporando por un lado una valoración en relación a la interacción entre las normas citadas, pertenecientes a diferentes bloques normativos, y por otro clarificando el alcance (subsanable o no) del defecto consistente en la no aportación por parte del demandante de los requisitos formales reseñados.

.....

(1)

Roj: ATSJ PV 104/2021 – ECLI:ES:TSJPV:2021:104A

[Ver Texto](#)

(2) En tal sentido, *vid.* R. Hinojosa Segovia, «El exequatur de Laudos extranjeros en España», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, pp.749-765.

[Ver Texto](#)

(3) J.C. Fernández Rozas, «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de

arbitraje», *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de derecho judicial*, nº 102, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 65-176.

[Ver Texto](#)

(4)

Tal y como señala la profesora A. Quiñones Escámez, *Reconocimiento del laudo extranjero*, AAVV, *Arbitraje Comercial Internacional. Un estudio de Derecho comparado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2020, p.783 y ss., conforme al citado art. 46 LA, el execuátur en España de los laudos arbitrales extranjeros ha de examinarse a la luz de las normas contenidas en el CNY; respecto al procedimiento, éste se sustanciará según lo previsto en el derecho procesal civil. El CNY no regula propiamente el procedimiento de execuátur de los laudos arbitrales extranjeros; conforme a su art. III:

«Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales».

Por consiguiente, para las cuestiones no reguladas por estas disposiciones ha de estarse a las normas de procedimiento de cada Estado contratante. En el caso de España ha de estarse a la norma especial del art. 46.2º *in fine* LA, que remite a su vez a la normativa procesal que regula el reconocimiento de las sentencias extranjeras: es decir, los arts. 52 a 55 LCJL.

[Ver Texto](#)

(5) El art. 73.1º.c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2.7.1985) fue introducido por el artículo único, ap. 1 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 (BOE 21.5.2011).

[Ver Texto](#)

(6) El art. 8.6º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26.12.2003) fue modificado por el artículo único, ap. 1 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 (BOE 21.5.2011).

[Ver Texto](#)

(7) Sobre este particular, y precisando este criterio competencial subsidiario, es decir, que opera en defecto de los dos criterios anteriores y conforme al cual será competente la Sala del Civil del TSJ que corresponda al lugar de ejecución o lugar donde los laudos o resoluciones arbitrales «deban producir sus efectos» previsto en este precepto de la LA, cabe citar la decisión de la AAP Madrid 1 de abril de 2009, en relación al execuátur de laudo arbitral dictado en Venezuela. Y tal lugar puede ser también aquél donde se encuentren bienes del demandado (en tal sentido cabe citar el ATSJ Cataluña 16 de febrero de 2015, sobre execuátur dictado en Londres).

[Ver Texto](#)

- (8) Sobre esta cuestión relativa a la competencia objetiva para otorgar el execuátur (el reconocimiento o el no reconocimiento de los laudos extranjeros) debe tenerse presente que la misma comprende también una demanda de «no reconocimiento» (art. 42.2º LCJI); puede verse, en tal sentido, la decisión del propio TSJPV mediante Auto 7 de noviembre de 2018 fundamentando su decisión en el art. 42.2º LCJI, que admite una acción en sentido contrario, es decir, instando el «no reconocimiento», y cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo civil y lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma.

[Ver Texto](#)

- (9) Sobre esta cuestión, *vid.* M.J. Castellanos Ruiz, «execuátur de laudos arbitrales en España: comentario al Auto TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional*», marzo-2020, vol.12, nº 1, pp. 512-530. De igual modo, y en relación a este principio, *vid.* (A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1810; M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 383. Para un desarrollo de la conocida como «regla de la eficacia máxima», *vid.* M.-J. Castellanos Ruiz, «Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 1, Madrid, Rapid Centro Color, S.L., 2019, pp. 60-63.

[Ver Texto](#)

- (10) Así se señala de forma literal (FD II ATSJ Cataluña nº 127/2011, de 17 noviembre) que: «(...) llevando a cabo el TS una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje de tal modo que pueda deducirse, de las circunstancias de autos, que el contenido, incluido la cláusula de arbitraje, era conocida por las partes (...) siendo un requisito subsanable en el caso de que inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) completada posteriormente en período hábil (que lo es al momento de contestar los motivos de oposición, si anteriormente no se le hubiera exigido la subsanación, por el Tribunal) mediante la aportación de su original que ha podido ser controvertido, en forma, en el acto de la vista, sin oponer objeción alguna a sus términos, sino todo lo contrario, como se verá en el cuarto de los fundamentos de la presente resolución. Con dicha solución no se causa indefensión a la contraparte, debiendo significarse, como declara el ATS 4 marzo 2003 (PROV 2003, 87951)».

[Ver Texto](#)

- (11) M.Gómez Jene, *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2018, p.386.

[Ver Texto](#)

- (12) ATSJ Madrid 18 de abril de 2018, *ECLI:ES:TSJM:2018:113 A*.

[Ver Texto](#)

El criterio razonado y lógico del árbitro, un bien a proteger. La motivación del laudo como causa de anulación por ser contrario el orden público

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 23 de marzo de 2021

The reasoned and logical criterion of the arbitrator, an asset to be protected. The reasoning of the award as a ground for annulment for being contrary to public policy

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 8/2021, de 23 de marzo de 2021, objeto del presente comentario, aborda de una forma muy pragmática el alcance del denominado orden público procesal mediante el examen de la motivación del laudo y la valoración de la prueba realizadas por parte del tribunal arbitral. Y lo hace en contraposición con la realidad que a juicio de la Sala subyace en la petición de anulación: obtener una nueva valoración de la prueba como si de una segunda instancia se tratara.



Belén Alandete Sánchez

Abogada Senior Área Litigación y Arbitraje en Broseta

Profesora Asociada Universidad de Valencia

I. RIESGO DE CONVERTIR LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN UN MERO PRETEXTO

Ya advertía el Tribunal Constitucional en su STC 46/2020 del riesgo de convertir la noción de orden público 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. Y en ese riesgo incurrimos tanto los abogados, como los tribunales.

Y es que no es fácil abordar la cuestión de la motivación y de la valoración de la prueba, sin incurrir

en injerencias indebidas que malogren la institución del arbitraje. Hasta dónde puede el órgano jurisdiccional ahondar en las reflexiones del árbitro para cumplir con su deber y dar una respuesta respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, pero sin menoscabar su voluntad de someter la controversia a arbitraje. La línea a veces es difícil de trazar.

En la presente sentencia, la Sala resuelve la cuestión de una manera ecuaníme y elegante revisando los argumentos y consideraciones del laudo, pero sin juzgar la corrección o no del razonamiento seguido por el árbitro. En definitiva, la Sala cumple con su deber jurisdiccional de revisión integrante del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, y a la vez respalda plenamente la sumisión a arbitraje que en su día aquéllas decidieron realizar en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

II. DELIMITACIÓN DEL CASO

El laudo impugnado tiene origen en la controversia surgida entre la Sociedad estatal aguas de las Cuencas de España, S.A. (Acuaes) frente a Canal de Isabel II, S.A. (CYII), en el marco de la liquidación de los convenios firmados para la realización del segundo anillo de abastecimiento de Madrid, así como para la realización de la obra campo de Pozos de Guadarrama. La controversia radicaba en cuál de las dos partes debía asumir el déficit de la obra ocasionado como consecuencia de la reducción en un 2% de la financiación europea inicialmente prevista.

Al parecer, los convenios suscritos nada establecían al respecto. CYII alegaba que era Acuaes la que debía asumir ese déficit, en cuanto que la reducción de la financiación traía causa de algunas irregularidades por ella cometidas en la licitación de las obras, incumpliendo con ello la obligación de Acuaes de «gestionar lo más eficazmente posible la obtención de los fondos europeos», y los propios actos de Acuaes, al abstenerse de informar y comunicar nada a CYII acerca de la propuesta de la Comisión Europea y la posterior negociación de la corrección de los Fondos Europeos, así como por no haber rechazado dicha corrección.

El Laudo finalmente desestima las alegaciones de CYII y estima la demanda de Acuaes. Tras solicitar un complemento del laudo que también es denegada, CYII finalmente insta su anulación.

III. MOTIVOS DE ANULACIÓN ESGRIMIDOS Y OPOSICIÓN

CYII se muestra disconforme con la motivación del laudo y la valoración de la prueba realizada. En concreto, critica que el laudo priorice las declaraciones de los testigos de ASCUAES, frente a un informe de la propia Comisión Europea que señalaba que la demandante había incurrido en irregularidades.

Alega que la motivación del laudo no es fruto de un proceso lógico, sino arbitrario, careciendo de la suficiente motivación y realizando una valoración de la prueba abiertamente ilógica y absurda, pues a pesar de admitir que la obligación del pago no estaba incluida en los convenios suscritos entre las partes, concluye que CYII tiene la obligación de efectuar el pago por tal déficit, dejando fuera el Informe de la Comisión Europea.

En definitiva, CYII considera que el Laudo arbitral infringe el orden público (art. 41.1º.f) LA, que fundamenta en la falta de motivación e incongruencia omisiva del laudo y en que contiene una interpretación ilógica, absurda y arbitraria de la prueba

Por su parte, Acuaes se opuso alegando que el laudo era ajustado a derecho y respetaba el orden público, al contener una apreciación conjunta de la prueba, que le lleva a plasmar las conclusiones del laudo. A su juicio, la contraparte tan solo deseaba imponer su particular valoración de la prueba en sustitución de la realizada por el tribunal arbitral. En definitiva, critica que CYII pretenda un indebido «ensanchamiento del concepto de orden público», cuando la acción de nulidad es de naturaleza restrictiva y extraordinaria, teniendo los tribunales vetada la posibilidad de reexaminar las cuestiones debatidas en sede arbitral.

IV. PARÁMETROS DE ENJUICIAMIENTO UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL

La Sala amparándose en su propia jurisprudencia, pero sobre todo en la del Tribunal Constitucional, deja claro de antemano que la acción de anulación no configura una nueva instancia que habilite al Tribunal a revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

De igual manera, recuerda que los motivos de anulación previstos en el art. 41 LA son tasados, y restringen la intervención judicial a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Por lo que respecta al concepto de orden público, con cita de la doctrina constitucional, la sentencia lo define como aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico. Por ello, vulnera el orden público el laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el art. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de este concepto la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.

Desde el punto de vista del orden público procesal, la Sala cita textualmente la STC 15 de febrero de 2021, la cual vino a establecer que la acción de anulación

«sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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.»

V. VALORACIÓN Y DECISIÓN DE LA SALA

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso, la Sala finalmente desestima la demanda de anulación por considerar que el demandante tan solo pretende con ella la revisión de la cuestión litigiosa en cuanto al fondo, como si de una segunda instancia plena se tratase.

Un examen del laudo arbitral impugnado le permite concluir que en modo alguno se ha infringido el orden público. El Tribunal no aprecia que exista falta de motivación, ya sea porque el laudo pudiera carecer de ella, ya sea porque pudiera ser sustantivamente insuficiente, irrazonable o arbitraria.

Tal y como recoge la sentencia, el Laudo parte de una cuestión admitida por ambas partes litigantes como es que los convenios suscritos por las mismas no resuelven de modo explícito quién debe sufrir el riesgo de la falta de financiación.

La lectura de la estipulación referida a la financiación europea, efectivamente, no contempla el supuesto de hecho ocurrido y como señala el Laudo, si por una parte de la literalidad de la cláusula y del contrato no se impone a la parte ahora demandante la obligación de asumir el coste del déficit de financiación, tampoco se establece esta obligación respecto de Acuaes.

Para dar respuesta el árbitro acude a las reglas interpretativas de los contratos (arts. 1281 ss Cc), atendiendo al contexto, a la intención de las partes y, además, a la finalidad del negocio jurídico de que se trata para que produzca los efectos que le son propios. En concreto, el laudo concluye que el espíritu que subyace en el convenio es el de desplazar el coste final de la obra, y con ello, el riesgo del déficit de financiación al usuario de la infraestructura, esto es, a CYII.

Parte así de que ambas entidades litigantes forman parte de la Administración Pública y participan de la finalidad que persiguen ambas Administraciones, aunque el desarrollo de su actividad se haga con sujeción al derecho privado y acorde a la naturaleza de las sociedades mercantiles.

A la vista de la prueba practicada, señala el Laudo, CYII desempeña la explotación de un monopolio en el suministro y gestión del agua, es la usuaria de la infraestructura (obra hidráulica), dicha obra se ejecuta en su interés (como usuaria de la misma) y en el interés directo del destinatario final del servicio de suministro del agua, lo que ocurre con las dos obras a que se refieren los Convenios suscritos.

Acuaes, por su parte, es el ejecutor de la obra hidráulica e instrumento que encauza las ayudas derivadas de los fondos europeos (por su relación con la Administración hidráulica estatal). Actúa como impulsor, promotor y ejecutor de las obras que el Estado ha considerado de especial interés para satisfacer una finalidad pública, que corresponde a CYII.

En el caso presente, a juicio de la Sala, en modo alguno el laudo final, puesto en relación con el de aclaración/corrección, incurre en defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba

practicada.

Atendido esta distribución de funciones o papeles, el laudo considera que quien tiene que asumir el riesgo de la utilización de la obra pública es el usuario. Y establece: «Es quien a través de sus tarifas que traslada a los usuarios finales la que debe procurar la recuperación de los costes de su inversión».

Todo ello lleva a la Sala a la siguiente conclusión:

«Atendido lo expuesto, una cabal lectura del laudo final, así como del laudo de corrección y aclaración solicitado, permite concluir que por el árbitro se ha dado una respuesta, ciertamente contraria a los intereses de la ahora demandante CYII, fundada en derecho, mediante una interpretación de la cláusula V, puesta en relación con otras de las establecidas en los Convenios (art. 1285 Cc), con una interpretación razonada y razonable, a la que anuda de forma lógica la consecuencia que dirime la controversia litigiosa, esto es, quién de las dos sociedades debe hacer frente al déficit de financiación».

En cuanto a la valoración de la prueba efectuada por el laudo, la Sala recuerda que la mera discrepancia con el órgano arbitral no es causa de nulidad del laudo. Para que pueda entenderse que ha existido vulneración del 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, según 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, a juicio de la Sala, en modo alguno el laudo final, puesto en relación con el de aclaración/corrección, incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba practicada.

Por lo que respecta a la concreta impugnación realizada por CYII consistente en que el laudo ha dejado fuera el informe de la Comisión Europea, priorizando las testimoniales de los empleados de la demandante, para rechazar la responsabilidad de Acuaes, hay que señalar que es fruto de la valoración conjunta de toda la prueba practicada, atinente a la pretensión litigiosa.

De hecho, el laudo aborda esa concreta cuestión en un apartado titulado «Sobre la responsabilidad de Acuaes en la corrección financiera del 2 % de los fondos europeos», así como en el laudo complementario. A juicio del árbitro, las irregularidades detectadas por la Comisión Europea no constituyen «un palmario incumplimiento, por parte de Acuaes, de su obligación contractual de »gestionar lo más eficazmente posible la obtención de los Fondos europeos que puedan corresponder a la obra». Para el árbitro «no es ni claro, ni patente, ni manifiesto que las irregularidades (que estaban en proceso de comprobación) conllevaran la reducción de los fondos europeos,... ya que de ser así habría quedado probado por la parte demandada.»

Por tanto, el laudo sí valora la cuestión suscitada por CYII, pero no lo hace con el carácter obstativo que ella pretende. Según se hace constar en la sentencia, el árbitro se apoya para ello en otras pruebas igualmente aportadas y practicadas en el procedimiento arbitral. Por ello, termina advirtiendo la sentencia que la solución que da el árbitro podrá o no compartirse por las partes, «pero lo cierto es que da una respuesta razonada y razonable, como ya hemos indicado, apoyada en una valoración de la prueba que no es arbitraria, absurda o ilógica, sino fruto de su juicio y criterio».

VI. BREVE ANÁLISIS

La presente sentencia es un fiel reflejo del sempiterno debate doctrinal de cómo deben los tribunales afrontar la motivación así como la valoración de la prueba de un laudo, como integrantes del concepto de orden público. En general, se asume el hecho de que estas dos vías de anulación pueden conducir a un indeseable control del arbitraje por parte de los órganos jurisdiccionales, hasta el punto de poder incluso sustituir la labor arbitral, por la de los jueces revisores.

Cómo debe afrontar el tribunal su resolución es siempre una cuestión compleja. En relación a la motivación, hay quien se decanta por introducir un automatismo en ese análisis con tal de objetivarlo y eludir cualquier tentación de revisión del laudo por parte de la jurisdicción. Para ello argumentan que el art. 37.4º LA tan solo exige que exista motivación, por tanto, al tribunal únicamente le compete verificar que esa motivación exista sin que pueda examinar si la misma es lógica, razonable, o suficiente. De forma que si el laudo contiene unas mínimas razones por parte del árbitro que conducen a su decisión, ya no sería posible entender que existe vulneración del orden público. Así, el control judicial se quedaría en una cuestión meramente formal o externa que se limitaría a corroborar si existe o no una motivación en el laudo.

Es cierto que la STC 17/2021 parece dar pie a ello cuando en su fundamento jurídico segundo afirma «por lo demás, que el art. 37.4º 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 su impugnación"».

Ahora bien, ello no parece compaginarse bien con la histórica doctrina constitucional sobre la materia, ni tampoco con otros razonamientos de la propia STC 17/2021, en los que además exige que esos razonamientos «no deben resultar arbitrarios». Y sobre todo cuando en esa misma sentencia el Tribunal Constitucional establece que si bien la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es absoluta, «ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control».

Y ello por cuanto el arbitraje, no por ser una institución alternativa al proceso judicial puede obviar el

cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse 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 esta última es la concepción de orden público que se desprende de la sentencia analizada, pues no se limita a examinar si existe o no una justificación razonada de la aplicación del Derecho y la valoración de la prueba, sino que la Sala valora y revisa los argumentos lógicos empleados por el árbitro, y que los mismos han sido puestos en relación con la prueba practicada en el procedimiento arbitral. Y lo hace, además, manteniendo la distancia oportuna en su análisis, sin reflejar si comparte o no el criterio del árbitro.

La necesaria coherencia intrínseca del laudo arbitral

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya CP 1ª de 24 de marzo de 2021

The necessary intrinsic consistency of the arbitration award

Del mismo modo que el laudo arbitral debe ser congruente con lo solicitado por las partes, es precisa una coherencia entre lo resuelto en el fallo del laudo y los razonamientos jurídicos que sustentan la decisión arbitral, de modo que se excluya cualquier atisbo de arbitrariedad. No obstante, tal coherencia debe darse entre la decisión arbitral y la motivación que la sustenta, pero en ningún caso respecto de un *obiter dicta* ni de lo alegado por las partes.



Frederic Munné Catarina

Abogado. Doctor en Derecho

Con motivo de una acción de anulación de un laudo arbitral relativo a diversas reclamaciones derivadas de la actividad de una Unión Temporal de Empresas constituida por tres sociedades para la ejecución de una obra pública gestionada por la Generalitat de Catalunya, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya aborda en su sentencia de 24 de marzo de 2021 la necesidad de que la motivación del laudo arbitral sea intrínsecamente coherente, equiparándolo a la necesaria ausencia de arbitrariedad en el laudo.

Y es que en el caso enjuiciado el laudo condena a quien no fue parte demandada en el arbitraje, pese a lo cual la Sala desestima con acierto la acción de anulación al no apreciar incoherencia o arbitrariedad en el laudo.

En efecto, la condena se hace recaer en la parte dispositiva del laudo en el «*órgano competente de la UTE*», habiendo sido única demandada una de las tres socias de dicha UTE, si bien se razona en la motivación del mismo laudo que las pretensiones de condena al pago de diversas facturas formuladas por las instantes del arbitraje deben entenderse que fueron tácitamente consentidas por

esa única demandada en el arbitraje, a pesar de la desafortunada previsión estatutaria de exigir unanimidad en los acuerdos del Comité de Gerencia de la UTE que conllevó una paralización *de facto* de la UTE. En efecto, como nos recuerda en esta sentencia el TSJ de Catalunya,

«... no podemos compartir que la única parte demandada en el arbitraje ha sido absuelta a efectos materiales. Todo lo contrario. La declaración arbitral de que se entiende "tácitamente otorgado el consentimiento de todos los socios" a la satisfacción de los créditos reclamados por los instantes, implica una verdadera condena de la única instada y legitimada pasiva, no en vano el laudo atribuye con carácter forzoso un consentimiento a cuya prestación se resistía con tenacidad incluso en el propio procedimiento arbitral y que era imprescindible para la estimación de la pretensión dineraria actora».

Al impugnar el laudo, la parte impugnante, a pesar de alegar su «falta de motivación», e incluso invocar la falta de correspondencia entre los fundamentos jurídicos del laudo y su parte dispositiva, en realidad viene a postular la falta de coherencia («congruencia» dice) entre sus alegaciones como parte demandada en el arbitraje, vertidas en su escrito de contestación a la demanda y el fallo del laudo arbitral, pero ello no se exige en el art. 41.1º.c) LA ni en el art. 37.4º LA. El primero requiere la congruencia entre lo resuelto en la parte dispositiva del laudo y las pretensiones (principal o reconventional) de las partes, pero no respecto de la oposición o defensa de las partes frente a las pretensiones de adverso. Y el segundo exige que todo laudo sea motivado, razonado o fundado en derecho o en equidad, de un modo «lógico y racional» y sin incurrir en «error patente o arbitrariedad» la decisión arbitral. No obstante, esto último sí exige, precisamente que el laudo arbitral sea intrínsecamente coherente, de modo que es preciso que haya una correlación lógica y razonable entre lo fallado en el laudo y sus precedentes razonamientos fácticos (de valoración del acervo probatorio) y jurídicos (en aplicación e interpretación del derecho o la equidad aplicable al caso concreto), pero en ningún caso una coherencia extrínseca respecto de lo alegado por las partes.

En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, la ausencia de coherencia o la arbitrariedad que la impugnante del laudo denuncia, se sostiene en una doble argumentación:

- Carece de sentido invocar la doctrina del administrador de hecho y del levantamiento del velo para acabar estableciendo la condena de pago no de la persona física que encara esa administración de hecho sino en la de un ignoto «órgano competente de la UTE».
- Es incoherente reconocer legitimación pasiva a una de las tres mercantiles, socia de la UTE y única demandada en el arbitraje, sin establecer ninguna condena frente a ella, sino a quien los árbitros denominan «órgano competente de la UTE».

El laudo arbitral abordaba ambas cuestiones de un modo coherente, como pone de manifiesto la STSJ de Catalunya que comentamos al exponer que:

«... la argumentación del laudo pone de relieve que el conflicto hunde sus raíces en la reiterada conducta de los socios de la UTE haciendo prevalecer sus intereses particulares sobre los generales de la UTE, lo que, unido a la que califica de desafortunada previsión estatutaria de exigir

unanimidad en los acuerdos del Comité de Gerencia, ha desencadenado una paralización de facto de la UTE, ejemplificada en la falta de aprobación en ese órgano de los pagos a los socios de las facturas, contabilizadas o no. Ello explica que las pretensiones 1.1 y 1.2 de los instantes (reclamación del pago de un buen número de facturas y de pedidos no emitidos) se formulase en forma de petición de condena a una de las tres mercantiles de la UTE para que ordenase al Director de Administración de la UTE esos pagos, y que el laudo interpretase ... que el núcleo de esa reclamación dineraria estriba en que dicha mercantil "preste su conformidad al pago de las facturas", razón suficiente justificativa de su legitimación pasiva en el procedimiento arbitral dada su condición de socia de la UTE junto con las sociedades instantes»

Y de ahí el TSJ de Catalunya razone que

«No podemos compartir por ello que el laudo, pese a establecer la legitimación pasiva de la mercantil demandada en tanto que socia de la UTE, haya omitido toda condena frente a la única parte demandada, puesto que la resolución arbitral acoge el núcleo de la pretensión actora al establecer que la mercantil demandada ha consentido tácitamente el pago de las facturas reclamadas, salvando así el escollo que impedía la satisfacción del crédito de las sociedades instantes».

Es decir que, aunque el laudo no condenara de forma expresa a la parte demandada en los términos en que fue formulada la demanda arbitral, sí acoge el núcleo de la pretensión actora, condenando a quien a pesar de no ser parte en el arbitraje es el órgano competente para hacer efectivo el fallo, porque no podía condenar al pago a quien no era el responsable directo de la entrega de las sumas reclamadas, pero sí podía, como hizo, ordenar dicho pago por parte del «órgano competente de la UTE» al considerar como *obiter dicta* que la mercantil demandada consintió tácitamente el pago de la suma reclamada, dado que su consentimiento era preciso al exigirse estatutariamente la unanimidad de los tres socios de la UTE y con ello se le condena «de facto» a estar y pasar por la decisión arbitral.

La STSJ de Catalunya declara que tanto la excepción de falta de legitimación como la petición de condena al pago efectivo de las sumas reclamadas, son objeto de razonamientos jurídicos coherentes por parte de los árbitros

Todo laudo debe ser congruente con lo pedido por las partes, de modo que no debe resolver «*sobre cuestiones no sometidas a su decisión*» (art. 41.1º.c LA), y debe ser coherente con lo razonado en su fundamentación, porque en otro caso no cumpliría con el requisito de ser «*siempre motivado ...*» (art. 37.4º LA). Sin embargo, ello no exige que el laudo arbitral aborde todas las alegaciones y los argumentos vertidos por las partes en sus escritos, ni que lo resuelto guarde coherencia con ello. Tanto las principales pretensiones (inicial o reconventional) como las excepciones deben ser

resueltas, sin que el árbitro pueda resolver sobre lo no pretendido por las partes, del mismo modo que las pretensiones y excepciones planteadas tempestivamente por las partes deben ser resueltas de forma motivada, lo que exige que la fundamentación guarde coherencia con la decisión arbitral, excluyéndose cualquier atisbo de arbitrariedad, pero ello no conlleva ninguna obligación para los árbitros de dar respuesta a todo lo alegado por las partes, sino tan sólo a los hechos o argumentos que sustentan las pretensiones o excepciones alegadas de forma temporánea, es decir la *causa petendi*, integrando así el supuesto de hecho normativo de lo pretendido o excepcionado por las partes.

En el caso examinado por la STSJ de Catalunya que comentamos tanto la excepción de falta de legitimación como la petición de condena al pago efectivo de las sumas reclamadas, son objeto de razonamientos jurídicos coherentes por parte de los árbitros, en el sentido que señala dicha sentencia acerca de que

«... el laudo enfatiza que "para poder efectuar cualquier pago es imprescindible el acuerdo unánime de los tres socios de la UTE" y constata que en las reuniones del Comité de Gerencia habidas hasta entonces ninguno de los socios expuso claramente los motivos de oposición a la propuesta de pagos con argumentos fundados en las exigencias de la buena fe y de la lealtad entre socios, lo que hizo inevitable la resolución heterónoma de la controversia conforme al pacto arbitral contenido en los estatutos».

Por todo ello, la sentencia que comentamos concluye que es ese caso el laudo es congruente y coherente y *«en ningún caso puede calificarse de arbitraria o incoherente»*, sin que sea obstáculo para ello el mero hecho de que la única parte demandada no sea formalmente condenada en la parte dispositiva del laudo.

Del mismo modo que el árbitro debe valorar la prueba de forma conjunta y en especial la que sustenta su decisión, pero no es preciso que valore toda la prueba practicada, también debe analizar los hechos y argumentos de las partes que sustentan sus pretensiones o excepciones, pero tampoco le es exigible que analice todos los hechos ni fundamentos jurídicos alegados por las partes. En efecto, del mismo modo que no existe un derecho a que los árbitros analicen toda la prueba, tampoco existe un derecho a que los árbitros den respuesta a todo lo alegado por las partes. El laudo es congruente si resuelve sobre lo sometido a su «decisión», aunque no aborde todo lo sometido a su consideración, porque aquello que no tenga suficiente relevancia para enjuiciar y decidir sobre la controversia no es preciso analizarlo en el laudo. Asimismo, el laudo es coherente cuando su necesaria motivación mantenga una correlación lógica y razonable con lo decidido o fallado en el mismo laudo, de modo que no pueda ser calificado de arbitrario, pero no es preciso en absoluto que lo fallado por el árbitro mantenga una correlación lógica o razonable con lo alegado por las partes. Lo argumentado por cada una de las partes sustenta aquello que pretende la propia parte que lo alega, mientras que el laudo puede apartarse completamente de tales argumentos, como sucede en el caso aquí examinado, para acoger otros argumentos para dar respuesta, no a lo alegado por las partes, sino a lo pretendido o excepcionado por las mismas. Se trata de que la motivación del laudo sea lógica, racional e intrínsecamente coherente respecto del fallo o decisión adoptada en el propio

laudo arbitral.

En nuestro caso, cuando lo que se plantea en la demanda arbitral es el bloqueo de los órganos de gobierno de una UTE para atender a los pagos a los socios de esa UTE, aunque dos de los socios demandasen al tercer socio por el bloqueo al que sometía a esos órganos de gobierno, abusando del desafortunado requisito de la unanimidad en los mismos, el laudo arbitral no tiene porqué abordar la controversia planteada en los precisos términos en los que se formule por las partes, sino que puede resolver en otros términos y condenar a quien no siendo parte demandada, como son esos órganos de gobierno, si es el único responsable de realizar los pagos reclamados, si para hacerlo efectivo los árbitros presumen la conformidad o consentimiento tácito de la única parte demandada, con base en la buena fe contractual y en los actos propios, puesto que ello conlleva condenar a la única demandada, al atribuirle con carácter forzoso su consentimiento al que se venía mostrando renuente, incluso durante el propio procedimiento arbitral y sin cuyo consentimiento no cabría la estimación de la pretensión dineraria actora. En definitiva, los árbitros acogen la pretensión actora pero no en los precisos términos formulados por la misma, sino en aquellos otros que conforme a lo motivado en el laudo permiten su viabilidad y su eficaz cumplimiento o ejecución forzosa.

Y es que el laudo arbitral debe tender a dar una solución definitiva, íntegra y prospectiva al conflicto sometido a conocimiento de los árbitros, en la medida que la sumisión a arbitraje conlleva la mínima intervención judicial en el arbitraje e implica la exclusión de toda intervención judicial en la cognición y resolución del fondo de la controversia, sin que quepa decidir judicialmente sobre ello, ni tan sólo de forma tangencial y mucho menos para integrar lo resuelto por los árbitros en sede de ejecución del laudo. El laudo debe de avanzarse en su fallo, en la medida de lo posible, a los eventuales problemas derivados de su ejecución.

Verificación de la declinatoria de un pacto parasocial acordando la sumisión a arbitraje en lugar de mediación

Auto Audiencia Provincial de Oviedo 1ª de 5 de abril de 2021

Verification of the declinatory action of a shareholders' agreement agreeing to submit to arbitration instead of mediation

La Audiencia Provincial de Oviedo aborda la falta de jurisdicción de los tribunales ante la existencia de un pacto parasocial que acuerda el sometimiento de la cuestión litigiosa a la decisión de un tercero, si bien, delimita que la cuestión se encuentra sometida a arbitraje y no a mediación.



Carmen Barrón López

Universidad de Valencia

I. ANTECEDENTES

En el presente estudio examinaremos el reciente Auto de la Sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de abril de 2021.

El Auto mencionado resuelve el recurso de apelación interpuesto contra un auto de fecha 15 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón, en referencia al planteamiento de una declinatoria de jurisdicción por sumisión a mediación, por el que se declaraba la falta de competencia objetiva de este órgano judicial para conocer del asunto, por sometimiento de la cuestión la mediación.

El citado Auto confirma la falta de jurisdicción, no de competencia, del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón para conocer la cuestión societaria controvertida, si bien, determina que no debe ser sometida a mediación, sino a arbitraje.

El análisis del mencionado Auto nos va a resultar de especial interés, en cuanto, va más allá de la concreta materia litigiosa controvertida y analiza varias cuestiones que consideramos de relevante interés; por una parte, los pactos parasociales omnilaterales y su eficacia y, por otra, realiza una clara exposición acerca de la valoración de la cláusula de sumisión y de la diferenciación entre los mecanismos extrajudiciales del arbitraje y mediación.

Pues bien, en el Procedimiento de Disolución Judicial 78/2020 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón que trajo origen al recurso de apelación, la actora en su condición de administradora mancomunada de una sociedad solicitó la declaración judicial de disolución de la sociedad por la causa prevista en el art. 363-1 d) LSC, así como, que se acordase la apertura del período de liquidación con la designación de un liquidador para la sociedad y la inscripción del correspondiente Auto en el Registro Mercantil de Asturias.

Frente a dicha solicitud, la parte demandada, otra administradora mancomunada de la sociedad, propuso declinatoria considerando que resultaban de aplicación los pactos parasociales firmados y que la cuestión debía someterse a mediación.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón acordó por Auto 15 septiembre 2020 estimar la declinatoria de jurisdicción planteada por la demandada, declarando la falta de competencia del juzgado para el conocimiento del procedimiento y su sometimiento a mediación.

Las cuestiones planteadas se fundamentan en esencia en la naturaleza del pacto para social suscrito por las partes y la delimitación del mecanismo establecido, valorando si nos encontramos ante un supuesto de mediación o de arbitraje, para determinar cuál resulta de aplicación.

II. PACTO PARASOCIAL SUSCRITO POR LAS PARTES EN RELACIÓN A LAS SITUACIONES DE BLOQUEO SOCIETARIO

Como primera cuestión, nos centraremos en el pacto parasocial suscritos por las litigantes como socias únicas de la sociedad para regular las situaciones de bloqueo societario, que se recogía contractualmente en los siguientes términos:

«Cuando, pese a los esfuerzos de las partes, no resulte posible alcanzar un acuerdo entre las socias creando una situación de bloqueo en la actividad, el procedimiento seguido para dar solución al conflicto será el siguiente:

1) *Período inicial de resolución directa*

En caso de desavenencia, las socias dispondrán de un plazo máximo de tres días hábiles para alcanzar un acuerdo.

2) *Período de resolución indirecta*

De no alcanzarse acuerdo entre las partes de forma directa dentro del meritado período de 3 días hábiles, cada socia designará a un asesor. Estos asesores iniciarán negociaciones con el

objetivo de alcanzar una solución al conflicto de mutuo acuerdo. El plazo para alcanzar el consenso en esta fase será de cinco días hábiles.

3) Período de resolución mediante tercero inter-partes

Fracasados los intentos de alcanzar un acuerdo por mecanismos directos e indirectos, procederá la resolución por un tercero imparcial que actuará como amigable componedor. Cualquiera de las partes podrá dirigir escrito al Registro de Expertos en Economía Forenses, "REFOR", solicitando que se proceda al nombramiento de experto independiente para que resuelva sobre la controversia.

Se podrán instar nuevos nombramientos cuando en el experto designado concurran una o varias de las tachas contempladas en el art. 343 LEC. La formulación de tachas realizada con temeridad o deslealtad procesal, conllevará la sanción contemplada en la cláusula sexta.

Las partes se comprometen a acatar la resolución dictada por el tercero designado».

Con carácter previo, consideramos oportuno aproximarnos en el marco del derecho societario a la figura de los pactos parasociales, expresión doctrinal referida a acuerdos celebrados entre algunos o todos los socios con la finalidad de completar, concretar o modificar en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la sociedad (1) . Una cuestión problemática de dichos pactos será su oponibilidad, si podrá acudir a dichos pactos en ocasiones como mecanismos de *enforcement* específicos del derecho de sociedades.

Las cuestiones planteadas se fundamentan en esencia en la naturaleza del pacto para social suscrito por las partes y la delimitación del mecanismo establecido, valorando si nos encontramos ante un supuesto de mediación o de arbitraje, para determinar cuál resulta de aplicación

En este sentido, resulta destacable la posición de la jurisprudencia en la actualidad representada con la STS n.º 120/2020 de 20 de febrero y la anterior STS n.º 103/2016 de 25 febrero, que reconoce la eficacia del pacto parasocial y que dichos mecanismos debe ser respetados, amparando en el abuso de derecho la oponibilidad por una de las partes de pactos parasociales cuando no se han trasladado a los estatutos sociales y se intentaba aprovechar de su inoponibilidad para eludir el pacto.

Por tanto, se trata de un pacto que vincula a los socios y a la sociedad aunque no esté recogido en los estatutos sociales, por lo que, pasaremos a analizar los términos establecidos, centrándonos en los aspectos de interés de este, en los que recae la principal cuestión controvertida.

III. DELIMITACIÓN DEL MECANISMO ESTABLECIDO POR EL PACTO PARASOCIAL EN LOS

SUPUESTOS DE FRACASO DE LOS MECANISMOS DIRECTOS E INDIRECTOS ESTABLECIDOS

La cuestión controvertida existente se plantea en relación con la determinación si la figura establecida en los supuestos de fracaso de los medios directos e indirectos establecidos en el pacto parasocial, encaja por los parámetros establecidos en la figura de la mediación o del arbitraje.

Como señala el mencionado Auto, la inicial diferencia entre ambos mecanismos de resolución de conflictos vendrá determinada por configurarse la mediación como una vía autocompositiva de conflictos y el arbitraje como un mecanismo heterocompositivo.

En este sentido, los mecanismos o sistemas alternativos para la resolución de controversias engloban diversas técnicas que pueden ser objeto de diversas clasificaciones. En términos generales, distinguiremos las vías autocompositivas, entre las que se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación, sobre la base común de que son las partes las que de forma voluntaria alcanzan un acuerdo o transacción que ponga fin a la controversia. En cambio, sistemas heterocompositivos, entre los que se encuentran el arbitraje y la vía judicial, se caracterizan porque la controversia entre las partes es resuelta por un tercero imparcial mediante una resolución vinculante para las partes, que produce efecto de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva.

Compartimos con S. Barona Vilar (2) que en los cauces autocompositivos son los sujetos en conflicto los que alcanzan una solución, por sí mismos o ayudados por un componedor, bajo el convencimiento de que es más favorable alcanzarlo mediante cesiones recíprocas de las partes que mediante una solución impuesta por un tercero. En definitiva, en este tipo de vías se enfatiza el protagonismo de las partes, que tienen un poder decisivo en la gestión y resolución de sus conflictos y se responsabilizan de su resolución, sin delegarlo en un tercero (3).

El arbitraje es un método heterocompositivo encuadrado dentro de las ADR que ha tenido una proyección particular, siendo fruto de una larga tradición histórica. Compartimos con Barona Vilar (4) que la heterocomposición implica que el tercero al que acuden las partes no interviene en la misma posición que éstas, sino que actúa *supra partes*, quedando sometidas a su decisión vinculante. El árbitro viene investido por la voluntad de las partes, que podrán decidir libremente el sometimiento a arbitraje de una materia que sea de libre disposición. La decisión arbitral sólo podrá ser ejecutada por el juez, en cuanto el árbitro tiene *auctoritas* pero carece de la *potestas*, es decir, del *imperium* hacer la ejecución forzosa de lo acordado, que queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional (5).

El arbitraje es una técnica o institución heterocompositiva fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje (6) Y esa declaración de libertad no es absoluta, en cuanto implica un sometimiento a los requisitos legales y convencionales establecidos (7).

Vistos los términos en los que se perfila el pacto parasocial pactado por las litigantes compartimos con el ya referido Auto que nos encontramos ante un supuesto de arbitraje, siendo claves que determinan su naturaleza heterocomponente que se procederá a la resolución de la contienda por

un tercero —experto independiente designado por el REFOR— y que las partes se comprometen a acatar la resolución dictada por el tercero designado.

IV. CONSECUENCIAS DEL SOMETIMIENTO DE LA CUESTIÓN A ARBITRAJE

En razón a lo expuesto la cuestión litigiosa, a diferencia de lo determinado en la resolución recurrida, no debe quedar sometida a mediación sino a arbitraje, no siendo las consecuencias derivadas de dicho sometimiento las pretendidas por la parte apelante.

La apelante en su recurso considera que el pacto parasocial cuestionado está en consonancia con el art. 25 de los Estatutos Sociales que determina que el cargo de administrador sea ejercido por un socio; de esta forma, pretende que el árbitro designado actúe como administrador único independiente que resuelva la situación de bloqueo existente en el órgano de administración, no resultando así justificada la disolución de la sociedad.

Frente a dicha pretensión, el Auto analizado acertadamente manifiesta que el árbitro designado únicamente tendrá como función la de resolver la contienda, sin asumir labor alguna de gestión societaria.

Efectivamente, para que la cláusula arbitral pueda desplazar a la vía judicial, como en el supuesto que nos ocupa, se ha plantear la correspondiente declinatoria de jurisdicción (8), quedando en ese supuesto las partes sometidas a la decisión arbitral. En este sentido, la redacción del numeral 1 del art. 11 LA concluye «...e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

Por lo expuesto, al someterse la cuestión a arbitraje, el laudo dictado será de obligado cumplimiento y se ceñirá a la resolución de la cuestión controvertida, en cuanto, aunque los árbitros no están investidos de potestad jurisdiccional, tendrán la consideración de «*equivalente jurisdiccional*» y resolverá la cuestión controvertida planteada, sin que la función del árbitro pueda equipararse a la de un administrador societario.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

En nuestra opinión, la resolución judicial estudiada es muy relevante a la hora de analizar la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales y la delimitación del arbitraje y mediación, como figuras alternativas a la vía judicial. En este sentido, considera acertadamente que la cuestión se encuentra sometida a arbitraje y que la función del árbitro tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional, la resolución de la contienda, produciendo el laudo dictado los mismos efectos que una resolución judicial.

En consecuencia, la Sección Primera de la AP de Oviedo analiza de forma clara y puntual los aspectos esenciales controvertidos, dando respuesta puntual a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., «Introducción», en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2011.

BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español», en K. Etxebarria Estankona e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas «Justicia con ojos de mujer» celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010 .

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S. A., STAMPA, G., *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

MARTÍN BRAÑAS, C., «La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso judicial el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n.º 1, 2010.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, S.A., 2009.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Introducción al Derecho Procesal*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «El Enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 5, 2003.

.....

(1) C. Paz-Ares Rodríguez, «El Enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 5, 2003.

[Ver Texto](#)

(2) S. Barona Vilar, «Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español », en K. Etxebarria Estankona e I. Ordeñana Gezuraga, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p. 32.

[Ver Texto](#)

(3) J.F. Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, S.A., 2009, p. 31.

[Ver Texto](#)

- (4) S. Barona Vilar, «Solución extrajudicial de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español », en K. Etxebarria Estankona e I. Ordeñana Gezuraga, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos, op. cit*, p. 32 .
- [Ver Texto](#)
- (5) Sobre esta cuestión, señala V. Moreno Catena, «el árbitro viene investido como tal por la voluntad de las partes, que lo designan teniendo presente de modo fundamental su *auctoritas*, careciendo de la potestas, del *imperium* para hacer cumplir coactivamente su decisión. El juez, por su parte, es instituido como tal por el Estado, que lo hace depositario de la potestad jurisdiccional y goza de la nota de la independencia; viene llamado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3º CE). Por consiguiente, ambos pueden juzgar con igual eficacia, pero la ejecución forzosa de lo juzgado, al requerir la coacción, el *imperium*, queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional», V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. 6ª ed., p. 68.
- [Ver Texto](#)
- (6) S. Barona Vilar, «Introducción», en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, 2ª ed.*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 71.
- [Ver Texto](#)
- (7) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 28.
- [Ver Texto](#)
- (8) Sobre esta cuestión *vid.* C. Martín Brañas, «La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n.º 1, 2010, pp. 160-171.
- [Ver Texto](#)

Desestimación de la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de infracción del orden público y por ausencia de falta de imparcialidad e independencia de la árbitra

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 27 de abril de 2021

Rejection of an action for annulment of an arbitration award for failure to comply with public policy and for lack of impartiality and independence of the arbitrator

EL Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de infracción del orden público y por ausencia de falta de imparcialidad e independencia de la árbitra.



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 consumo de la Junta Arbitral Nacional de Consumo en el que la demandante es una empresa dedicada a la venta de productos vinculados a la cultura, el ocio y la tecnología.

En el caso que nos ocupa se trataba de la compra de teléfonos. Debido a «un involuntario fallo informático en el momento en que se procedió a la actualización del precio del citado producto en la página Web», los compradores pretendieron adquirir los mencionados terminales, dado el precio

erróneo que figuraba en dicha página Web [FD 1º].

Dichos compradores presentaron reclamaciones ante la empresa dedicada a la venta y ante la respuesta de la actora actualmente en el proceso de anulación «que no accedía a lo solicitado por haberse tratado de un error en la indexación del precio del terminal», formularon reclamaciones, dado que «se halla sujeto al régimen de arbitrajes de Confianza Online —entidad que audita las buenas y conocidas buenas (*sic*) prácticas comerciales de [la empresa] y gestiona reclamaciones que se presentan en ventas online en esa Web—, las reclamaciones se elevaron a este organismo que posteriormente han derivado en centenares de procedimientos arbitrales ante la Junta Arbitral de Consumo ("JANV"), la cual dicta el laudo a favor de los consumidores reclamantes de la entrega del terminal adquirido» [FD 1º].

El laudo, según la Sentencia, es de fecha 25 de febrero de 2020, que fue corregido por el laudo de fecha 4 de junio de 2020. Teniendo entrada la demanda de anulación en la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia madrileño el 30 de julio de 2020. Admitiéndose a trámite la citada demanda por decreto de fecha 15 de octubre de 2020 [Antecedentes de Hecho 1º y 2º].

Llama la atención que siendo el laudo de fecha 25 de febrero de 2020 fuera corregido por laudo de fecha 4 de junio de 2020, siendo la presentación de la demanda de anulación con fecha 30 de julio de 2020. La fecha del laudo, si es correcta, sólo puede obedecer a que no se pudiera notificar hasta mucho después a la parte que ejercitó la corrección, o que se suspendiera la tramitación de las actuaciones posteriores a la emisión del laudo como consecuencia de la declaración del estado de alarma por la pandemia del Covid-19, pues la corrección debe presentarse dentro de los diez días siguientes la notificación de laudo (art. 39.1º LA) y debe resolverse la corrección de errores, que es lo que se deduce de la expresión que se utiliza en la sentencia, en el plazo de diez días (art. 39.2º LA).

La rebeldía se declara de oficio si, supuesto un llamamiento previo y válido, el demandado no comparece, independientemente de si está justificada su ausencia o no; en nuestro caso, por dejar transcurrir el plazo señalado en el llamamiento

La parte actora en la anulación aduce que se está «ante un error en la oferta y en el precio de lo que se informó por escrito a los clientes, anulándose los pedidos sin llegar a cobrar a los reclamantes el importe del terminal y se alega como motivos de nulidad los siguientes: 1.- Vulneración del Orden Público [art. 41.1º f)], por ser contrario a la buena fe contractual, al favorecer el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho. 2.- Imposibilidad de que la demandada hiciera valer sus derechos [art. 41.1º b)], que fundamenta en que el Laudo no motiva el rechazo a la valoración de la prueba planteada en el procedimiento. 3.- Falta de neutralidad (imparcialidad e independencia) de la árbitra» [FD 1º]. Y solicita se «declare la nulidad del laudo arbitral, con expresa condena en costas a la parte contraria» [FD 1º].

II. LA REBELDÍA

En la presente acción de anulación, admitida la demanda, se acordó dar traslado a la parte demandada, emplazándola en legal forma para que la contestara, pero transcurrido el plazo del emplazamiento, no compareció, siendo declarada en situación rebeldía [Antecedentes de Hecho 2º y 3º].

Como es sabido, la rebeldía se declara de oficio si, supuesto un llamamiento previo y válido, el demandado no comparece, independientemente de si está justificada su ausencia o no. En nuestro caso, por dejar transcurrir el plazo señalado en el llamamiento.

Como se dice en la Sentencia, objeto de comentario, «Tenemos que comenzar señalando que el posicionamiento de "rebeldía" que mantiene la demandada, durante la sustanciación de este proceso, no implica ni allanamiento a la pretensión de la actora, ni renuncia a la oposición, ni supone, por sí sola, en nuestro sistema legal, una *ficta confessio*, suponiendo, en correlación con ello, no quedar liberada la parte demandante de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, ya que en el procedimiento civil ordinario, incluso cabe al demandado rebelde, posteriormente comparecido, en su caso probar la inexactitud de los mismos, si el estado del proceso lo permite. Todo ello lo que significa es que la mera declaración de rebeldía del demandado implica oposición a la demanda [*ficta contestatio*, ya que al demandado se le tiene por contestada la demanda y opuesto a la pretensión] y, a su vez, no puede ser utilizado como argumento por la demandante a favor de su tesis condenatoria» [FD 2º].

III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expone que «Con carácter general, cabe señalar, como tiene declarado esta Sala entre otras en nuestra sentencia de fecha 16 de enero de 2019, con cita de nuestras sentencias de fechas 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 que: «la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar» [FD 3º].

En tal sentido, *v.gr.*, las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): «Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada por la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003

cuando precisa que 'los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...». Y continúa la Sentencia, «La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan —como destaca la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de junio del 2009 (1) — que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales [SSTC 9/2005, y 761/1996 —*sic*—, y 13/1997 —*sic*—] y, según la jurisprudencia de esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)» [FD 3º].

IV. LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO

El art. 41.1º.f) LA dispone como motivo de anulación del laudo «que el laudo es contrario al orden público».

Ha de tenerse en cuenta que la LA establece como fundamento del proceso de anulación, la alegación y prueba de ciertos motivos tasados —a lo cual se refiere el art. 41.1º LA con la inequívoca expresión de que el laudo «sólo podrá ser anulado» cuando concurra alguna de las causas que enumera a continuación, en la misma línea de lo dispuesto en la LA/1988—. El carácter tasado de los motivos de anulación es consustancial al sistema de impugnación de los laudos. Así, sigue sin reconocerse la posibilidad de impugnar el laudo cuando se hubiera infringido normas del ordenamiento jurídico material [*vid.* ATC 231/1994, de 18 de julio] (2).

En el presente asunto «se alega, como primer motivo de nulidad, conforme al art. 41.1º.f) LA, 'ser el laudo contrario al orden público', que concreta en su ámbito económico, por ser el laudo contrario a la buena fe contractual, favorecer el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho». Así, afirma, con respecto a la buena fe contractual que, en situaciones como ésta no puede el consumidor utilizar la normativa que le es de aplicación como aval para su más reprochable mal hacer. El derecho siempre ha de estar al servicio del que obra de buena fe, tal y como ha venido reconociendo la jurisprudencia de nuestros Juzgados y Tribunales, y es patente la mala fe contractual en los reclamantes que fueron advertidos del error en la página web y mostraron su voluntad de adquirir el producto después de leer estos avisos. Pretenden los reclamantes en el procedimiento arbitral obtener una ventaja aprovechándose de un fallo, incluso —en algunos casos de algunos compradores— con una clara intención de lucro mediante la reventa posterior de esos teléfonos, por lo que nos hallamos ante una pretendida compraventa de un producto basada en el error manifiesto, fácil y evidentemente reconocible, pues la diferencia de precio era absolutamente desproporcionada, constituyendo un claro abuso de derecho, o cual opera como límite a los derechos de los consumidores» [FD 3º].

La Sentencia, siguiendo la STC 46/2020, de 15 de junio (3), declara, en cuanto a lo que se debe entender por orden público, que esta última tiene establecido que: «Es jurisprudencia de este Tribunal la de 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 sólo 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» [FD 3º].

También se basa en la STC 17/2021, de 15 de febrero (4) [aunque la Sala la cita sólo por la fecha y no por su número también], al señalar que «concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje y la función de esta Sala, estableciendo el siguiente criterio: '...la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en 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. [...] el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contraiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse 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» (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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» [FD 3º].

Y continúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia declarando que «Atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos, al no ser esta Sala 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, y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues lo que pretende la actora es que esta Sala revise el laudo dictado en cuanto al fondo, como si este Sala fuera una verdadera segunda instancia» [FD 3º].

Y la Sala añade que «Si limitamos nuestro examen del Laudo impugnado a los motivos que nos señala la referida Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, no podemos sino rechazar la denunciada vulneración del orden público» [FD 3º].

Y así, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, «no se alega en ningún momento en la demanda de anulación infracción alguna 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 árbitra asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al arbitraje acordado por las partes, lo que no fue impugnado por la parte demandante, alegando causa de nulidad al respecto. La decisión arbitral rechaza, también, motivadamente, que exista una situación de abuso de derecho en el comprador, al considerar que «En todo caso, la pretensión de adquirir varios productos idénticos no puede ser atendida, al considerarse que tal práctica puede hacer dudar de la propia condición de consumidor que actúa con un propósito ajeno a una actividad comercial, e incluso de su buena fe contractual» (...), e implícitamente se rechaza la alegación de la prohibición del enriquecimiento injusto, desde el momento en que siendo este rechazable en la medida en que no medie causa para ello, la declaración de validez del contrato de compraventa que establece el laudo impugnado, equivale a que sí ha existido causa lícita» [FD 3º].

Y concluye la Sala, sobre este primer motivo de la anulación que «basta la lectura del laudo para tener una cabal comprensión de las razones por la que la árbitra resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque la ahora actora no comparta sus conclusiones, con argumentos fundados en derecho, razonables y razonados. De los autos queda acreditado con claridad que la árbitra practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias, lo que pertenece a la exclusiva íntima convicción de quien debe acometer dicha labor, no pudiendo tacharse de insuficiente, ni irracional o ilógica. En definitiva, puede afirmarse con la sola lectura del laudo arbitral impugnado que en él se contiene una suficiente y lógica motivación, no apreciándose algún tipo de quiebra, incoherencia o contradicción». Lo que lleva al Tribunal a rechazar este primer motivo de anulación [FD 3º].

V. INDEFENSIÓN PROVOCADA POR CAUSAS DISTINTAS A LOS DEFECTOS EN LA COMUNICACIÓN

La parte actora basa su segundo motivo anulación en el art. 41.1º.b) LA, en concreto, cuando la indefensión de las partes se produjera por causas distintas a «defectos en las notificaciones relativas a la designación de los árbitros» y a «defectos en las notificaciones de las actuaciones arbitrales». En este punto la LA, como ya hemos señalado en otro lugar (5), se aparta de la concreción con la previsión de una fórmula abierta, susceptible de ser aplicada a cualquier situación, lo cual es más que razonable habida cuenta la imposibilidad de recoger analíticamente las diversas posibilidades. En cualquier caso, debe advertirse la íntima conexión de este apartado con lo establecido en el art. 24.1º LA, según el cual son principios informadores del procedimiento arbitral los de igualdad, audiencia y contradicción. De manera que también la infracción de cualquiera de esos principios podrá ser denunciada a través del sub motivo segundo, siempre que llevara aparejada indefensión..

Al amparo de este motivo, denuncia la demandante en este proceso de anulación y demandada en el procedimiento arbitral, la imposibilidad de hacer valer «sus derechos, recogido en el art. 41.1º.b, por no motivar el rechazo a la valoración de la prueba y por otra parte, se refiere también a la incorrecta valoración de la prueba por parte del árbitro, al afirmar que el laudo adolece de falta de exhaustividad y de una valoración razonable y razonada de la prueba, tal y como establece el art. 45

del RD 231/2008 [por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y cuyo art. 45 se refiere a la «Prueba»], al no hacer referencia a qué sistema ha puesto en marcha la árbitra para examinar la prueba, para contrastar su validez, y decidirse por no tenerla en cuenta, o rechazar su contenido» [FD 4º].

No obstante lo anterior, la Sala lleva el examen de la denuncia al motivo del art. 41.1º.f) LA, es decir, «Que el laudo es contrario al orden público», que es un motivo también apreciable 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 (art. 41.2º LA), y no sólo a instancia de parte. Así, en la Sentencia se señala que «A los efectos de considerar vulnerado el orden público, no basta la mera alegación de la incorrecta valoración de la prueba, porque lo que se plantea, en realidad, es la mera discrepancia con la valoración realizada por el órgano arbitral. Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público es necesario 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 Tribunal Arbitral, según 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» [FD 4º].

Según la Sala, «En el caso presente en modo alguno el laudo final, incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba practicada, aunque en su conclusión no comparta la valoración pretendida por aquella aportada» por la demandada en el procedimiento arbitral, ahora demandante en la anulación [FD 4º].

Y el Tribunal volviendo a la STC 17/2021, de 15 de febrero [aunque la Sala la cita sólo por la fecha y no por su número también], «... resulta manifiestamente irrazonable 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, porque a través de esta 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». Y concluye, el Tribunal Superior de Justicia, sobre este segundo motivo que, «Por ello, si esta Sala no se limita a realizar un examen externo de la motivación, sino que entra a hacer su propia valoración de la prueba, nos excederíamos de lo que es procedente en el procedimiento de impugnación de los laudos arbitrales» [FD 4º].

VI. FALTA DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LA ÁRBITRA

El tercer, y último, motivo planteado «se refiere a la falta de imparcialidad e independencia de la árbitra, que dicta el laudo impugnado, lo que fundamenta en dos circunstancias» [FD 5º].

En primer término, «El incumplimiento de las reglas de la IBA, y en concreto con el supuesto 3.1.5 de

la Lista Naranja (enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro), en la que se señala que: «El árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de las partes», supuesto en el que el árbitro tiene la obligación de revelarlas al resto de las partes del procedimiento» [FD 5º].

En segundo término, «Se ha infringido el art. 21, ap. 2 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, norma que hace referencia al turno de designación de los árbitros. Afirma el demandante que es claro que en el caso concreto existe un incumplimiento, puesto que siempre ha sido la misma persona, la que ha conocido de los asuntos que ahora nos ocupan ante esta Sala» [FD 5º].

Según la Sala, este motivo también debe ser desestimado. «En primer lugar, no se acredita la infracción en la designación del turno de reparto, ni se apunta, más allá del incumplimiento del deber de poner de manifiesto a las partes, de qué manera supone la vulneración del deber de imparcialidad e independencia, en la medida en que la parte demandante conocía o debía conocer la circunstancia prevista en el supuesto 3.1.5 de la lista Naranja, y no puso remedio a ello mediante la oportuna recusación con clara dejación de la diligencia que también le es exigible» [FD 5º].

También declara que «Al margen del carácter orientativo de las Directrices del IBA tal como ha señalado esta Sala y nos recuerda la parte demandante, que ciertamente van en el sentido de que «habría obligado al árbitro, caso de que los arbitrajes anteriores se relacionaran con el que ha sido objeto de este Arbitraje,... a revelar su participación en arbitrajes anteriores», «la obligación de todo árbitro [de] ser y permanecer independiente e imparcial», viene establecida inequívocamente en el art. 17.1º LA» [FD 5º].

Y el Tribunal alude a que «dicho precepto, en su apartado segundo, establece la siguiente obligación: «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida'» [FD 5º].

Se señala en la Sentencia que «No consta en las actuaciones el procedimiento arbitral, dado que por la parte demandante —la demandada está en rebeldía— no lo propuso como prueba, por lo que a los efectos de lo que estamos analizando, debemos aceptar lo que se indica en el Antecedente de Hecho del Laudo arbitral. En concreto, en el párrafo segundo se indica: «De conformidad con el art. 40 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo,... se ha comunicado a las partes el inicio del procedimiento arbitral, la designación de un Árbitro único y la citación a audiencia en forma escrita, con el fin de que aportaran nuevas alegaciones o documentación que no hubieran puesto de manifiesto y consideraran relevantes para la solución del conflicto. Asimismo, se han incorporado al expediente toda cuanta documentación obraba en los procedimientos de reclamación anteriores, seguidos de conformidad con lo dispuesto en el Código Ético de Confianza Online» [FD 5º].

Y prosigue la Sentencia que «Si bien es cierto que no parece que la árbitra designada cumpliera formalmente con la citada obligación de dar a conocer a las partes su, al parecer, intervención en otros procedimientos anteriores, en los que ha sido parte... [la misma empresa], dicha circunstancia no podía ser desconocida por ésta, y ello por la sencilla razón de que si en procedimientos arbitrales anteriores ha intervenido la árbitra, de igual manera lo ha hecho la mercantil..., en su condición de parte en dichos procedimientos, por lo que no cabe alegar ahora, tal como hace en la demanda, sorpresa o desconocimiento» [FD 5º].

Como se declara por el Tribunal «La demandante podía o debía conocer dicha circunstancia, pudiendo hacer uso de lo que dispone el último párrafo del mencionado art. 17.2 LA: «En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes», lo que permitiría preguntar a la árbitra acerca de si con anterioridad había intervenido en tal condición en procedimientos arbitrales en los que fuera parte...» dicha empresa [FD 5º].

Por lo que la Sala concluye, por tanto, «que en ningún momento podemos apreciar indefensión material en el presente motivo anulatorio, ya que no es admisible que [la empresa] no tuviera conocimiento de la participación de la árbitra, según manifiesta, en procedimientos arbitrales anteriores, a los efectos del art. 17 LA, y bien pudo hacer uso del procedimiento de recusación, si consideraba que la cuestionada árbitra no reunía los requisitos de imparcialidad e independencia. Al no hacerlo así incurrió en una clara falta de diligencia, que ahora no puede trasladar a la árbitra, como fundamento de uno de los motivos de anulación, ya que la infracción de ésta se revela meramente formal y claramente subsanable» [FD 5º].

Además añade, que «Por otra parte, no se acredita —ni siquiera se insinúa— en que consiste la falta de imparcialidad e independencia, pues si bien es cierto que la apariencia de falta de dichos requisitos puede dar lugar a que las partes puedan dudar de la misma, en el caso presente, tan solo se indica la falta de comunicación a las partes de haber actuado previamente en tal condición de árbitro, conforme a las reglas que indica la demandante que son orientativas. Únicamente se nos alcanza a considerar [dice la Sala] que la verdadera razón que subyace en la alegación de falta de imparcialidad e independencia, en que haya resuelto en alguna otra ocasión, no consta que siempre en contra de los intereses de la demandante, lo que de por sí no es indicativo de dicha falta de atributos que debe revestir la actuación del árbitro» [FD 5º].

Refiriéndose a la segunda circunstancia relativa «a la infracción del turno de designación de árbitros, contemplada en el art. 21.2 del Decreto 231/2008, de 15 de febrero, tal alegación aparece huérfana de toda prueba, más allá de la afirmación que hace la parte demandante, de que todos los asuntos han sido turnados a la misma persona. Ciertamente la Sala puede constatar que en varios asuntos, de los que conoce, se impugnan laudos dictados por la misma árbitra, pero esto no es suficiente, ya que se tendría que haber acreditado cómo ha realizado la Junta Arbitral Nacional de Consumo la asignación de los asuntos, para ver cuál ha sido el criterio seguido, no pudiendo descartarse la procedencia de que, al tratarse de una serie de asuntos semejantes, resultase más conveniente su atribución a una misma persona, con el fin de evitar resoluciones discrepantes» [FD 5º][destacado

añadido en la Sentencia].

Y concluye la Sala que «Por todo lo expuesto, procede desestimar este último motivo de anulación, y por ello, toda la demanda» [FD 5º].

VII. COSTAS

Según la Sentencia, «La desestimación de la demanda determina, conforme al art. 394.1º LEC, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante, al haber visto desestimada su pretensión de anulación» [FD 6º].

VIII. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2º LA)».

.....

(1)

Roj: STS 5722/2009.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* R. Hinojosa Segovia, R., «De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 516 y 517.

[Ver Texto](#)

(3) Sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional puede verse R. Hinojosa Segovia, «Comentario a la STC 46/2020, de 15 de junio. El Tribunal Constitucional delimita el concepto de «orden público» en la anulación de los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 93, septiembre-octubre 2020, pp. 56-63.

[Ver Texto](#)

(4) Sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional puede verse R. Hinojosa Segovia, «Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretado el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 96, marzo-abril 2021, pp. 74-80, Asimismo, «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», en *LA LEY: Mediación y Arbitraje, Especial monográfico, Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, n.º 6, 1 abril de 2021, pp. 120-126, y en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145-150.

[Ver Texto](#)

- (5) *Vid.* R. Hinojosa Segovia, «De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)», *loc. cit.*, pp. 528 y 529.

[Ver Texto](#)

Obras son amores y no votos particulares

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 28 de abril de 2021

Deeds are love and not particular votes

La sentencia 5212/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el «Tribunal») (1) ilustra el impacto inmediato de la reciente jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje (2) . El Tribunal no se limita a reproducir los límites legales y constitucionales que limitan la revisión del laudo en el procedimiento de anulación, sino que los aplica escrupulosamente sin ceder a la tentación de interferir con la motivación o la valoración de la prueba decididas por el árbitro. Dicha tentación ya no vive en el piso de arriba sino que se ha mudado a la trastienda, a un voto particular reminiscente de etapas turbulentas anteriores.



Josep Maria Julià

Socio fundador de Delegaltessen

I. ANTECEDENTES DEL CASO

Caja España contrató el asesoramiento y representación en diversos procesos de ejecución hipotecaria a un despacho de abogados constituido en forma de sociedad limitada. El contrato se novó para sustituir a dicha caja por la SAREB. Dicho contrato incluía un convenio arbitral de sometimiento a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. Estando pendientes de pago sus honorarios, el abogado que intervino en varios procesos promovió las correspondientes juras de cuentas contra la SAREB, que se opuso a las mismas pero sin oponer el convenio arbitral ni presentar la correspondiente declinatoria.

La SAREB inició un arbitraje contra el abogado y el despacho, que se opusieron al arbitraje por entender que se había producido una sumisión tácita a la jurisdicción en los procedimientos de jura de cuentas. En 2019 un laudo parcial determinó que no había existido tal sumisión tácita porque el

árbitro entendió que la jura de cuentas no era un procedimiento judicial ni producía efectos de cosa juzgada frente a una reclamación posterior. Dicho laudo parcial fue impugnado por el abogado pero no por el despacho. El Tribunal en 2020 decidió la anulación del laudo parcial por entender que el art. 11 LA exigía la interposición de una declinatoria para evitar la sumisión y que la jura de cuentas solo podía ser revisada en un procedimiento judicial posterior.

El arbitraje prosiguió contra el despacho, que en 2020 fue condenado a devolver ciertas cantidades y al pago de las costas en el laudo final. El despacho solicitó la anulación del laudo final pero el Tribunal rechazó dicha anulación en la sentencia de 2021 aquí comentada.

II. AVISO A NAVEGANTES

Antes de argumentar su decisión en el caso concreto, el Tribunal recuerda algunos principios esenciales del procedimiento de anulación del laudo. Así, remite a la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Supremo y del propio Tribunal para señalar que la anulación no puede ser una excusa para la revisión del fondo. Aunque el Tribunal evoca su propia jurisprudencia sobre la correcta delimitación del orden público, menciona expresamente la jurisprudencia constitucional reciente de 2020 y 2021 para advertir contra su interpretación expansiva.

Resulta comprensible que el Tribunal lama sus heridas señalando que sus sentencias ya recogían los principios que deben informar la correcta revisión judicial de un laudo. La buena noticia es que esta vez, como demuestra la propia sentencia en este caso, el recordatorio no es papel mojado sino una advertencia disuasoria frente a pretensiones frívolas de anulación. El río ya no está revuelto y los pescadores oportunistas no deben esperar ganancias insospechadas. Esperemos que cunda dicho aviso para que se reduzca ostensiblemente la litigiosidad para la revisión de laudos.

III. COSA JUZGADA

El despacho alegaba una infracción del orden público porque supuestamente el laudo final no respetaba la sentencia del Tribunal de 2020 que anulaba el laudo parcial. A este respecto, el laudo final establecía que no existía la identidad de partes requerida por la cosa juzgada porque el despacho, esto es, la sociedad limitada formada por los abogados del mismo, no había sido parte en el procedimiento de anulación del laudo parcial, ni en los procedimientos de jura de cuentas, existiendo una personalidad distinta entre el propio despacho y el abogado que instó las juras de cuentas y el procedimiento de anulación del laudo parcial.

El TSJ de Madrid aprovecha para recordar las sentencias 46/2020 y 17/2021 del Tribunal Constitucional, precisando que la motivación en el arbitraje tiene un fundamento legal en el art. 37.4º LA, que no debe ser exhaustiva y pormenorizada y que es únicamente garantía frente a la arbitrariedad o irracionalidad

El Tribunal reconoce que la infracción de la cosa juzgada puede suponer una infracción del orden público. No obstante, se limita a verificar si el razonamiento del laudo final es irracional o arbitrario, confirmando la racionalidad del laudo y rechazando sustituir el análisis del árbitro por su propio análisis, aunque admita expresamente que pudiera haber llegado a una conclusión distinta. A pesar de que el Tribunal hace un examen de la argumentación del laudo, el carácter somero del mismo y su mera comparación con los pormenorizados análisis en otras sentencias anteriores o en el propio voto particular de la sentencia comentada, confirman la convicción del Tribunal de que los límites a la revisión del laudo no son meras proclamas sino exigencias legales que deben aplicarse efectivamente.

IV. MOTIVACIÓN

El despacho defendía la existencia de una infracción del orden público por motivación contradictoria por entender que si era considerado parte del contrato de asesoría también debería extenderse el efecto de cosa juzgada de la anulación del laudo parcial. Asimismo, entendía que se había infringido el orden público por incongruencia omisiva por no motivar la devolución de honorarios en ausencia de prueba del cobro de estos por el despacho.

El Tribunal aprovecha para recordar las sentencias 46/2020 y 17/2021 del Tribunal Constitucional, precisando que la motivación en el arbitraje tiene un fundamento legal en el art. 37.4º LA, que no debe ser exhaustiva y pormenorizada y que es únicamente garantía frente a la arbitrariedad o irracionalidad. En todo caso, nuevamente remitiéndose al propio análisis del laudo, sin elucubrar sobre posibles argumentaciones alternativas, el Tribunal entiende que no existe la pretendida contradicción —ya que el laudo expone detalladamente las diferentes identidades de las partes y su intervención en el contrato y procedimiento de anulación— ni la incongruencia omisiva —porque el laudo analiza en detalle los límites de facturación de servicios y los fundamentos de la reclamación de los excesos pagados—.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La interpretación de unas comunicaciones, que el despacho consideraba que acreditaban la resolución del contrato, sirvieron de fundamento para reclamar otra infracción del orden público por valoración arbitraria de la prueba.

Por enésima vez, el Tribunal acude a la sentencia 17/2021 del Tribunal Constitucional para rechazar la asunción de la valoración de prueba que corresponde al árbitro, únicamente revisable en casos de palmaria arbitrariedad, «sin esfuerzo interpretativo alguno» en palabras del propio Tribunal. Aun admitiendo que la interpretación de las comunicaciones es discutible, el Tribunal evita entrar a analizar otras interpretaciones posibles y se limita a constatar la ausencia de una interpretación patentemente irracional.

VI. LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El despacho también pretende la existencia de una infracción de orden público por motivación irracional porque el laudo le condena al pago de todas las costas a pesar de haber admitido únicamente dos de las tres pretensiones de la SAREB. El Tribunal parece asumir que el laudo aplica el principio de vencimiento para la atribución de costas, pero entiende que las dos pretensiones principales han sido estimadas y que la tercera pretensión era indefinida. Sobre esta base, el Tribunal considera que la Ley de Arbitraje no impone ningún principio para la atribución de costas, por lo que no existe un criterio de orden público, y que el razonamiento sobre el carácter principal de las pretensiones estimadas no es irracional.

El razonamiento del Tribunal parece correcto y se atiene al limitado alcance de su revisión. Sin embargo, cabe preguntarse si en este caso el despacho perdió una oportunidad por ofuscarse con la indebida alegación de la infracción del orden público para atacar la motivación del árbitro. Aunque desconocemos los términos del laudo final, si el mismo efectivamente se fundamentaba en el principio de vencimiento, el despacho podría haber argumentado la causa de anulación del art. 41.1º.d) LA, porque el procedimiento no se habría ajustado a lo pactado por las partes. En este sentido, el art. 41.6º del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establece el principio de proporcionalidad en la atribución de costas aunque permite no aplicarlo si el árbitro lo estima inapropiado en las circunstancias particulares del caso. Sin perjuicio de que probablemente el laudo contuviera ya una justificación de las circunstancias de la condena en costas, y tampoco reconociera explícitamente la aplicación del principio de vencimiento en lugar del principio de proporcionalidad, el Tribunal posiblemente hubiera sido más receptivo para considerar y examinar si se había aplicado un criterio de atribución de costas distinto del pactado y sin explicación de los motivos para ello.

VII. EL VOTO PARTICULAR

La sentencia contiene un voto particular que nos retrotrae a etapas anteriores menos afortunadas. La extensión del voto, similar a la sentencia, y su examen pormenorizado de posibles argumentaciones alternativas a las defendidas en el laudo, incluso respecto a motivos de anulación no invocados por las partes, ignoran el fundamento negocial del arbitraje y rebasan claramente los límites de la revisión del laudo recientemente confirmados el Tribunal Constitucional.

El voto particular muestra igualmente cierta incompreensión de la relación entre la sumisión tácita a la jurisdicción y el convenio arbitral. Parece asumir que la sumisión tácita significa un incumplimiento del convenio arbitral y que supone la resolución del mismo a futuro. Sin embargo, dicha sumisión tácita supone únicamente una renuncia puntual al derecho de exigir el arbitraje exclusivamente respecto a la disputa que la otra parte ha sometido a la jurisdicción en incumplimiento del convenio arbitral. Si existieran otras reclamaciones distintas a las que han sido objeto de sumisión tácita, las mismas seguirían sujetas al arbitraje pactado por las partes y no impedirían plantear una demanda arbitral o, en su caso, presentar una declinatoria si la otra parte infringe nuevamente el convenio pactado.

El voto particular parece poner cierto énfasis en la supuesta renuncia al convenio arbitral por motivo

de la sumisión tácita. A este respecto, es importante señalar que la sumisión tácita no es más que la reacción de una parte cumplidora frente al incumplimiento del convenio arbitral por la otra parte. Ante dicho incumplimiento, la parte puede optar por someterse o plantear la declinatoria. Si la declinatoria es planteada con éxito, la parte cumplidora debería incluso poder solicitar el resarcimiento de daños por el incumplimiento del convenio arbitral, que no deja de ser una cláusula contractual de obligado cumplimiento (3) .

Tampoco parece entender el voto particular la distinta personalidad del abogado y del despacho. Si tal como se desprende de la sentencia, ambas partes y el árbitro habían asumido que tanto el abogado como el despacho se sometieron a la cláusula arbitral, no planteando en ningún caso una cuestión de consentimiento al arbitraje, nada impedía que cada una de las partes adoptase una posición distinta respecto al cumplimiento de lo pactado, el ejercicio de sus derechos a solicitar declinatoria, someterse tácitamente a la jurisdicción o solicitar o renunciar a la anulación del laudo. La sumisión tácita a ciertas reclamaciones de una de las partes no impide continuar el arbitraje respecto a la otra parte o respecto a las reclamaciones de la misma parte fuera del alcance de dicha sumisión. Como recuerda el Tribunal, los efectos de la diferente posición adoptada por el abogado y el despacho será una cuestión que dichas partes deberán dirimir en el seno de su relación interna pero no afecta a lo pactado por cada una de ellas con SAREB.

Aunque admite que no es objeto del litigio, el voto particular recuerda que el Tribunal Constitucional ya declaró inconstitucional en 2019 el párrafo del art. 35.2º LEC que impedía recurrir judicialmente la jura de cuentas (4) , así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admitía el planteamiento de la declinatoria en el procedimiento de jura de cuentas (5) . Efectivamente sorprende que en su sentencia de 2020 el Tribunal no aludiera a dicha sentencia y jurisprudencia, que hubieran reforzado la justificación de la anulación del laudo parcial.

VIII. LA ACTITUD IMPORTA

La sentencia comentada es un botón de muestra de la diligencia del Tribunal para interiorizar la reciente jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje. La reiteración de los principios y limitaciones que rigen el procedimiento de anulación del laudo se traduce ya en una revisión del laudo respetuosa con la voluntad de las partes y la labor asignada al árbitro. A pesar de la inevitable indefinición de algunos términos —orden público, arbitrariedad, irracionalidad—, la actitud comedida pero firme del Tribunal, más allá de las palabras, supone la mejor disuasión frente a las pretensiones frívolas de anulación del laudo y una garantía que permite la necesaria simbiosis de los órganos judiciales y la comunidad arbitral.

.....

(1)
STSJ Madrid CP 5212/2021 28 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:5212).

[Ver Texto](#)

- (2) SSTC 46/2020 de 15 de junio de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:46), 17/2021 de 15 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:17), 55/2021 de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:55) y 65/2021 de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:65).
- [Ver Texto](#)
- (3) La STS Civ 6/2009 de 12 de enero de 2009 (ES:TS:2009:263) admitió el derecho al resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de una cláusula de sumisión a la jurisdicción española mediante el planteamiento de una reclamación judicial en los Estados Unidos.
- [Ver Texto](#)
- (4) Sentencia 34/2019 del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:34).
- [Ver Texto](#)
- (5) Autos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 10586/2004 de 21 de septiembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:10586A) y 18575/2005 de 10 de junio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:18575A).
- [Ver Texto](#)

A vueltas con la extensión del convenio arbitral a terceros

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 11ª de 29 de abril de 2021

The extension of the arbitration agreement to third parties is still in question

La Sentencia fundamenta el sentido de su fallo en la imposibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo, anclando su decisión en el principio de relatividad de los contratos *ex art. 1.257 Cc.* En la presente decisión se echa de menos un examen del control efectivo de las sociedades de cada uno de los grupos demandante y demandado, al objeto de determinar si este se encontraba en manos de los mismos responsables últimos al tiempo de concertarse el convenio arbitral



Roger Canals Vaquer

Abogado, Socio de ARCO, Abogados y Asesores Tributarios

Es objeto de este comentario el Auto dictado por la Sección 11ª de la Excma. Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 29 de abril de 2021 (número de Sentencia 105/2021, número de recurso de apelación 525/2021). La resolución comentada estima el recurso de apelación interpuesto contra Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Cerdanyola en fecha 4 de septiembre de 2019, por el que se estimó la declinatoria por falta de jurisdicción (por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje) interpuesta por las sociedades inicialmente demandadas (Jablotron Alarms, S.A. y Kablotron Centre Iberia, S.L.) contra la demanda interpuesta por las sociedades Grupo *Quantum* Distribución Global, S.L. y *Quantum* Seguridad, S.L., por incumplimiento contractual.

Muy sucintamente, el núcleo de la cuestión controvertida consistía en la falta de coincidencia entre las partes firmantes del contrato cuyo incumplimiento dio lugar a la presentación de la demanda principal (llamado «Acuerdo de Ventas», firmado el 23 de abril de 2015 entre las sociedades Jablotron Alarms, S.A. y Kablotron Centre Iberia, S.L.), y las partes del litigio principal (en el que las sociedades *Quantum* Seguridad, S.L., y Grupo *Quantum* Distribución Global, S.L., actuaban como demandantes, y Jablotron Alarms, S.A. y Jablotron Centre Ibérica, S.L., lo hacían como

demandadas).

El Auto de la AP de Barcelona revoca la resolución de instancia (que había estimado la declinatoria), apoyándose una *ratio decidendi* que invita a interesantes reflexiones, y que el Tribunal expresa en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de la posible vinculación entre las cuatro mercantiles implicadas en el presente litigio —cuestión que escapa al presente incidente—, lo que es innegable es que cada una de ellas tiene personalidad jurídica propia de las demás. Dicho esto observamos que la falta de coincidencia plena entre las sociedades que suscribieron el convenio arbitral el 23/4/2015 (Jablotron Alarms, A.S. y Quantum Seguridad, S.L.) y las partes del presente litigio: a las anteriores se les añaden, Grupo Quantum Distribución Global, S.L., en el polo activo del proceso y Jablotron Centre Iberia, S.L., en el pasivo, entidades a quienes por el principio de relatividad de los contratos reconocido en el art. 1.257 Cc no les resultaría de aplicación el convenio arbitral invocado para eludir la intervención de los tribunales de justicia, configurado como un derecho fundamental. Dicho de otro modo, en relación a esas dos sociedades no existe un convenio arbitral —"voluntad de las partes de someter a arbitraje" la controversia (art. 9.1º LA)— y para evitar su división deberá ser resuelta por la jurisdicción».

La Sala fundamenta el sentido de su fallo en la imposibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo, anclando su decisión en el principio de relatividad de los contratos *ex art. 1.257 Cc*. Subyace aquí una cuestión que aún suscita controversia en nuestra jurisdicción (y en muchas otras) consistente en la extensión y los límites de los efectos de los convenios arbitrales a terceros no firmantes del mismo, pero que han tenido participación e influencia directa en la ejecución del contrato en el que se inserta el pacto arbitral, ostentando en consecuencia legitimación activa o pasiva para ser demandante o demandado.

Tal cuestión no se aborda en nuestra Ley de Arbitraje, existiendo en Derecho comparado pocos precedentes normativos sobre la cuestión. Al entender del que suscribe, uno particularmente lúcido es el contenido en el art. 14 del Decreto Legislativo Peruano n.º 1071, de 27 de junio de 2008, cuyo literal reza:

«El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

Tal norma prevé, a mi modesto juicio, con acierto, la extensión de los efectos del convenio arbitral que, si bien no fueron iniciales firmantes del mismo, si que conocían de su existencia y que intervinieron activamente en la ejecución del contrato y la gestación de la controversia a resolverse en sede arbitral. Todo ello plantea un debate jurídico de altos vuelos, que excede, de mucho, de la finalidad de este artículo, y que podría plantearse en los siguientes términos: a la hora de determinar los efectos del convenio arbitral en litigios entre sociedades mercantiles. ¿los efectos del pacto

arbitral deben quedar estrictamente limitados, circunscritos, a los firmantes del convenio arbitral, *ex art. 1.257 Cc*, dado que, al fin y al cabo, los convenios arbitrales no dejan de ser contratos en sí mismos? ¿O, por el contrario, en determinadas situaciones, los efectos del convenio arbitral deben desbordar los estrictos límites de las personas jurídicas que lo suscriben, para afectar a terceras sociedades que han tomado parte activa en los hechos litigiosos?

Ello, a su vez, plantea una tensión entre posiciones más cercanas a la seguridad jurídica (que limitarían los efectos de los pactos arbitrales estrictamente a los firmantes, participando de ésta el Auto de la AP de Barcelona objeto de glosa), y la realidad económica actual de los negocios, especialmente en el ámbito internacional, que muy frecuentemente involucran a terceras partes no firmantes de los contratos que contienen convenios arbitrales en prestaciones colaterales a su ejecución.

Desde una perspectiva de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, aquella parte que controla dos sociedades no puede sustraerse al arbitraje que libremente ha consentido bajo el pretexto de que una de las sociedades de su grupo involucradas en la controversia no suscribió el pacto arbitral

Ciertamente, no debe perderse de vista el origen contractual del arbitraje, y la imposibilidad de imponerlo de una manera generalizada, en litigios dimanantes de contratos concertados entre sociedades mercantiles, a terceros que no han suscrito el convenio arbitral. Volviendo al precedente normativo peruano citado *supra*, el quid de la cuestión se halla, a mi entender, en la concurrencia o no de un consentimiento tácito al arbitraje de los terceros llamados al procedimiento arbitral. Por ejemplo, en aquellos casos en los que las sociedades no firmantes del convenio arbitral, pero involucradas en la controversia, forman parte del mismo grupo de sociedades que las contrayentes del pacto arbitral, lo trascendente es la determinación de si esas sociedades del mismo grupo se hallan bajo el mismo control efectivo; esto es, si aquellos administradores o responsables últimos que desde una sociedad consintieron someterse a arbitraje, son los mismos que controlan la sociedad tercera que es llamada a aquél.

Si ello es efectivamente así, a mi entender resulta evidente que desde una perspectiva de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales (en la línea de lo previsto en el precedente normativo peruano invocado *supra*), aquella parte que controla las dos sociedades (tanto la firmante del pacto arbitral como la tercera), no puede sustraerse al arbitraje que libremente ha consentido bajo el pretexto de que una de las sociedades de su grupo involucradas en la controversia no suscribió el pacto arbitral.

Se echa de menos en la resolución comentada este examen del control efectivo de las sociedades de cada uno de los grupos demandante y demandado, al objeto de determinar si este se encontraba en

manos de los mismos responsables últimos al tiempo de concertarse el convenio arbitral. Si éste hubiese sido el caso, el sentido de la resolución, debiese de haber sido en la modesta opinión del que suscribe, el contrario del adoptado por la Excm. Audiencia Provincial de Barcelona.

La simple conjetura en la denuncia de falta de imparcialidad por la corte de arbitraje no es suficiente para cuestionar su debida neutralidad y transparencia en la designación de árbitros

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 8 de junio de 2021

The mere conjecture in the complaint of lack of impartiality by the arbitration court is not sufficient to question its due neutrality and transparency in the appointment of arbitrators

Esta Sentencia desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral porque en ningún momento la accionante pudo probar que existiese el menor indicio de duda razonable de un comportamiento antijurídico y éticamente reprochable por parte de una institución arbitral en relación con la designación del árbitro único, ni que esa Corte hubiese vulnerado en ningún momento no ya su acreditada independencia e imparcialidad, largamente constatada, sino siquiera su mera apariencia de neutralidad, tan absolutamente guardada por esa institución en todos los procedimientos administrados por ella durante más de treinta años.



José Fernando Merino Merchán

Árbitro. Letrado del Consejo y de las Cortes Generales

I. PLANTEAMIENTO: IMPUTACIÓN GRAVE SIN PRUEBA A LA CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE (CIMA) DE FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO

1. El pasado 8 de junio de 2021, se dictó Sentencia n.º.38/2021, Autos 76/2020, sobre nulidad del laudo arbitral de fecha 29 de mayo de 2020 (y su corrección de 25 de junio), por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se despeja de forma definitiva los límites exigidos para que pueda prosperar la acción de anulación por una presunta imputación de parte de falta de imparcialidad de la corte de arbitraje, en este caso de CIMA, que pueda comprometer sus deberes de neutralidad y transparencia en la designación de los árbitros. Como es sabido esta es la

función primigenia y esencial de una corte de arbitraje. El ejercicio correcto y ético de esta función es lo que separa el arbitraje de la arbitrariedad.

2. Por esta razón, la citada Sentencia 38/2021, adquiere un significado general y esclarecedor para toda la comunidad arbitral, al eliminar incertidumbres y dudas que planeaban, a veces sin causa justificada suficiente entre las instituciones arbitrales y los operadores y usuarios de las mismas, sobre la posible colusión de intereses entre la corte y los árbitros designados por ella. Lo que indica la Sentencia 38/2021, es que no vale utilizar tachas subjetivas y voluntaristas para cuestionar gravemente la confianza y credibilidad de las cortes de arbitraje con un fin meramente ventajista o de simple interés de parte, y solo, cuando el resultado del laudo es adverso.

3. En el caso a que se contraen los Autos 76/2020, en la acción de nulación emprendida por la actora se ponía en duda la falta de neutralidad de CIMA, cuyo prestigio y solvencia profesional está ampliamente reconocida por la comunidad arbitral española e internacional; se afirmaba —que no se probaba—, que existía una vinculación que unía a una de las partes en la controversia (demandada) con uno de sus asociados y fundadores de CIMA que ostenta el cargo de Secretario General del grupo empresarial al que pertenece la entidad demandada. Se imputa a esa Corte de arbitraje, por tan sedicente motivo, falta de imparcialidad e infracción objetiva del principio de igualdad *inter partes* en el procedimiento seguido ante ella bajo el n.º.993, sobre el que recayó el Laudo de 29 de mayo de 2020.

4. Si existe alguna denuncia perniciosa y de graves efectos reputacionales contra una institución arbitral, es precisamente la de que ésta oculte la existencia de intereses que puedan favorecer a una de las partes en detrimento de la otra. Este fue el caso analizado y enjuiciado por la STSJM de 8 de junio de 2021, al mantener la actora en su acción anulatoria que CIMA había incurrido en una colusión de intereses por falta de transparencia en la designación del árbitro actuante en el procedimiento n.º 993. En esa Sentencia se razona que, más allá de las simples afirmaciones genéricas de la parte demandante de colusión de intereses entre CIMA y un determinado grupo empresarial, no se encuentran actuaciones institucionales por esa Corte que puedan poner de relieve que el proceder de la misma haya influido ni en el árbitro designado ni en el desarrollo del procedimiento arbitral, así como tampoco se aprecia que se haya vulnerado por la Corte su apariencia de neutralidad.

5. Con esa Sentencia desestimatoria por las razones que se exponen en las líneas que siguen, CIMA ve reforzada su posición institucional y, si cabe, aún más su credibilidad, ante la comunidad científica arbitral y los operadores civiles y mercantiles nacionales e internacionales. Y ello, porque en ningún momento la accionante de nulidad en los autos 76/2020 ha podido probar que exista el menor indicio de duda razonable de un comportamiento antijurídico y éticamente reprochable por parte de CIMA en relación con la designación del árbitro único en el procedimiento arbitral de referencia, ni que esa Corte haya vulnerado en ningún momento no ya su acreditada independencia e imparcialidad, largamente constatada, sino siquiera su mera apariencia de neutralidad, tan absolutamente guardada por esa institución en todos los procedimientos administrados por ella durante más de treinta años.

6. La consecuencia derivada de una imputación tan grave sin que la parte que la sostiene haya desplegado el esfuerzo probatorio necesario y suficiente para ello, solo podía concluir con la desestimación íntegra de tal pretensión y la declaración de no haber lugar a la nulidad del laudo arbitral con imposición de las costas causadas a la parte actora.

II. HECHOS Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

7. En síntesis, el relato fáctico es el siguiente. Las entidades mercantiles Estructuras Metálicas Emcasa, S.L. (en adelante «EMCASA», «actora» o «demandante») y MONCOBRA SA (en adelante «MONCOBRA» o «demandada»), acordaron someter sus discrepancias a arbitraje, confiando su administración a CIMA, mediante Arbitro único. El convenio arbitral se refería al conflicto planteado en relación al subcontrato de fecha 1 de noviembre de 2013, suscrito para la ejecución de una estructura metálica de ampliación de una planta fabril. El procedimiento arbitral se sustanció bajo el n.º.993; no consta que a lo largo del procedimiento se formulase queja o denuncia alguna por parte de EMCASA sobre la designación del árbitro, ni tampoco sobre la sustanciación del procedimiento. Concluido este, el 29 de mayo de 2020, se dictó laudo arbitral, corregido el día 25 de junio. El laudo estimó parcialmente la demanda interpuesta por EMCASA y estimó también parcialmente la reconvenición de MONCOBRA, llegando a una compensación de deudas en cuya virtud EMCASA adeudaba a MONCOBRA, que debe pagar, la cantidad de Doscientos siete mil trescientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y ocho céntimos (207.364,58€), más los intereses legales.

8. EMCASA ejerció acción de anulación contra el Laudo, formulando una doble denuncia, a su juicio invalidante del mismo. La primera denuncia, se dirige contra CIMA y no contra el árbitro, a la que tacha de haber ocultado a la actora que MONCOBRA, tiene una presencia significativa y constante en dicha Corte, siendo uno de sus asociados y fundadores Secretario General del Grupo ACS al que pertenece MONCOBRA, infringiéndose así, según su relato, el principio de igualdad que afecta a la conformación del convenio y determinante de un vicio del consentimiento porque *de haberse conocido esta relación no se hubiera consentido la intervención de esta Corte arbitral*.

9. Considera EMCASA, que al no revelar CIMA los vínculos de unión entre COBRA y ACS ha incurrido en una colusión de intereses; añadiendo que existe un correo electrónico dirigido por el Letrado de MONCOBRA al árbitro, en el que se reseñaba la conveniencia del desglose de cierta documentación del procedimiento n.º 804 para unir al 993. También se denuncia que la Corte ocultó a la contraparte *conversaciones indebidas y unilaterales con una de las partes; y que finalmente, la Corte no reveló la existencia de una relación editorial entre el Letrado de Moncobra y un hijo del Secretario de CIMA*.

10. La segunda denuncia iba dirigida al Árbitro del procedimiento, en la medida en que se afirma por la demandada que el laudo incurre en arbitraria valoración de la prueba al no asumir el Árbitro correctamente el resultado de la prueba pericial correspondiente a la Certificación de Obra n.º.4, que hubiera supuesto una reducción del crédito a MONCOBRA como consecuencia de la demanda reconvenicional. Se encauza esta segunda pretensión en el motivo del art. 41.1º.f) LA, referido al orden público.

11. La demandada-reconviniente MONCOBRA, se opone en su escrito a las pretensiones de

EMCASA, y, al tiempo, formula demanda reconvenzional en la que, en síntesis, sostiene que algunas partidas de la actora deben ser compensadas con los gastos en los que incurrió al tener que contratar a otras empresas para realizar trabajos y suministros no llevados a cabo por la actora. Expone también que el arbitraje fue válidamente pactado y que para un debido conocimiento del asunto han de enmarcarse las alegaciones de la demandada en una cronología anterior. En efecto con el n.º 804 se tramitó ante CIMA un procedimiento arbitral a instancia de EMCASA contra MONCOBRA en el año 2014, que culminó con laudo favorable para la primera. Dicho laudo fue declarado nulo por el TSJM, y en el año 2018, se inició otro procedimiento arbitral sobre la misma controversia, bajo el n.º 993, que es el que hoy se pone en cuestión. Mantiene la demandada que en ninguna de las dos ocasiones el consentimiento estuvo viciado no fue inexistente.

12. Alega además MONCOBRA que la Corte que administra el arbitraje goza de las condiciones de independencia e imparcialidad, pues no se cuestionaron estas últimas bajo el procedimiento n.º 804 que le fue favorable a la ahora actora y no se cuestionó tampoco en ningún momento en el actual procedimiento. Finalmente, MONCOBRA sostiene que lo que pretende la actora es que el TSJM vuelva a valorar la prueba de la que dispuso el Árbitro, siendo ésta una actividad vedada a ese Tribunal.

III. PARA LA RELEVANTE SENTENCIA 38/2021 DE 8 DE JUNIO, NO HA EXISTIDO VULNERACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN NI CONCURRE COLUSIÓN DE INTERESES POR PARTE DE CIMA

13. Motivar implica explicar las razones que se han tenido en cuenta por el juzgador o dirimente para adoptar en una sentencia el fallo que haya de dictarse. El principio de motivación judicial forma parte de los elementos configuradores del Estado de Derecho, como parte de la tutela judicial efectiva, tal como se recoge en los arts. 24 y 120.3º CE en relación con los arts. 209, 217 y 218.2º LEC. Sin motivación no hay sentencia posible, es pura arbitrariedad, como se tiene declarado por el Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de 4 de noviembre de 2002, 26 de septiembre de 2005 y 17 de septiembre de 2012; idéntica declaración se contiene en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2009 de 15 de junio. Pero es cierto que lo que hacen diferentes a las sentencias judiciales es el grado de motivación al tener que exteriorizar los argumentos del juzgador y las razones de su decisión final o fallo.

Una acusación tan grave cuestionando la neutralidad de la Corte no tiene apoyo probatorio y se pueden estar cuestionando los principios axilares de la existencia misma no ya de una Corte de arbitraje en concreto sino de la propia institución arbitral

14. En el caso de la STSJM de 8 de junio de 2021, su motivación no es solamente exhaustiva y pormenorizada, sino que además aporta al caso controvertido una fundamentación jurisprudencial

tanto ordinaria como constitucional, que resulta esclarecedora de los límites que han de guardar las imputaciones y/o denuncias de parte sobre la falta de transparencia y colisión de intereses por las cortes de arbitraje. Hay que tener en cuenta que una acusación tan grave como la que se ha expuesto más atrás, no debería ejercitarse sin el aporte necesario de la prueba pertinente de forma tal que pueda cuestionar la neutralidad de la Corte. Pero cuando la denuncia en cuestión no tiene apoyo probatorio, como ha sido el caso, se pueden estar cuestionando los principios axilares de la existencia misma no ya de una corte de arbitraje en concreto sino de la propia institución arbitral.

15. Una corte del prestigio y solvencia de CIMA, no puede quedar durante casi un año —entre la interposición de la acción de nulidad y la Sentencia— al albur de una acusación tan nociva, no solo por lo que ello implica de descredito público para la credibilidad de la Corte sino también por la pérdida irreparable de fiabilidad del arbitraje como solución de conflictos plenamente garantista como alternativa a los tribunales de justicia.

16. En la fundamentación de la STSJM 8 de junio de 2021, se procede a analizar por separado las dos cuestiones básicas a que se contrae la acción de anulación: la denuncia de la presunta falta de neutralidad de CIMA; y lo que la actora considera una valoración arbitraria de la prueba, por entender que el Árbitro dejó de asumir el resultado de una prueba pericial que hubiera, según su particular criterio, supuesto una reducción sustancial de las cantidades reclamadas por MONCOBRA.

17. Mantiene la Sentencia que se comenta que, no toda falta de imparcialidad y transparencia de una corte arbitral es rechazable con carácter absoluto, recordando a tal efecto que es postura reiterada en las STS 28 de abril de 2015, 23 de marzo de 2017, 4 de mayo de 2017, 15 de febrero de 2019 y 12 de septiembre del mismo año que:

«...las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando, en sintonía con las recomendaciones del Club Español del Arbitraje que deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad... la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación del árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia... tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia... como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática... ha de predicarse que esos órganos decisorios, ya sea de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral que guarden la neutralidad debida, pero también que tales acusaciones tienen que sustentarse en razones objetivas, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas».

18. Trasladando esa doctrina jurisprudencial al supuesto que se analiza, resulta que no ha quedado probado que CIMA hubiese incumplido el deber institucional de neutralidad, que abarca la independencia e imparcialidad, y ello porque: 1) la actora no pasa de realizar afirmaciones genéricas

de colusión de intereses entre esa Corte y un determinado grupo empresarial al punto que quede siquiera sea indiciariamente probado que se haya influido en la designación del árbitro ni en el desarrollo del procedimiento arbitral. 2) la Sala no aprecia tampoco que CIMA haya vulnerado la apariencia de imparcialidad como garantía de credibilidad de su posición institucional como requiere reiterados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como son, entre otros los recaídos en los casos *Piersack* (1 de octubre de 1982) o *DE Cubber* (26 de octubre de 1984), en los que se viene sosteniendo que incluso más allá de las causas objetivas que define la imparcialidad de cualquier juzgador, debe evitarse la proyección de una fundada apariencia de su falta, incluso en aquellos supuestos en los que quien está llamado a juzgar pudiera sentirse íntima y subjetivamente capaz de hacerlo sin inclinación alguna ajena a los imperativos legales, ya que en otro caso se vulneraría el art. 6 del Convenio de Roma de 1950. En esos casos citados el TEDH, estimó que no concurrían la independencia e imparcialidad del juzgador porque un miembro del tribunal sentenciador había formado parte del procedimiento de instrucción previo. Nada más lejos que lo ocurrido en el procedimiento arbitral n.º 993, que concluyó con el laudo de fecha 29 de mayo de 2020.

19. En el ámbito del arbitraje este especial cuidado, que debe observarse sobre la imparcialidad y la apariencia de independencia y objetividad, encuentra soporte legal en el art. 14.3º LA, en el que se impone a las Instituciones Arbitrales, el que deberán velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por *«la transparencia en su designación, así como su independencia»*. Precepto éste último que ineludiblemente hay que relacionarlo con el art. 17.2º LA. La conjunción de estos dos preceptos junto con el apartado 3ª de ese último, da como resultado que la recusación solo puede formularse cuando existan «dudas justificadas». Pues bien partiendo de esas premisas, se afirma en la Sentencia que no puede decirse que CIMA, como tal, tenga o haya tenido una relación con la empresa MONCOBRA que comprometa su funcionamiento imparcial, pues el hecho de que uno de sus 120 árbitros mantenga relaciones profesionales con una empresa del mismo grupo a la que pertenece MONCOBRA, no invalida a esa Institución en su conjunto para conocer la controversia a que se contrae el caso que aquí se comenta, y menos aún que se ponga en duda su falta de imparcialidad. De esta manera la Sentencia de 8 de junio de 2021 manifiesta enfáticamente que *«tachar a la Corte de sospecha general por este hecho puntual sería excesivo a todas luces»*.

20. Todo lo anterior toma mayor relevancia cuando se pone de manifiesto que ante CIMA, la actora ya tuvo un procedimiento sobre el mismo asunto, iniciado en el año 2014, y como se ha manifestado más atrás, concluyó con resultado de estimación parcial de sus pretensiones. Por eso resulta contradictorio que si en aquel procedimiento no se tachó de nulo su consentimiento al convenio por el hecho de que se diera la circunstancia de que la demandada formaba parte de un grupo empresarial más amplio de la que uno de los asociados fundadores de CIMA fuese también Secretario General del citado grupo empresarial, no tiene ningún sentido que en el nuevo procedimiento arbitral n.º.993 sobre el mismo objeto y las mismas partes, se plantee ahora la tacha de falta de transparencia de la Corte; máxime cuando consta que en este procedimiento (n.º 993), como en su día en el anterior (n.º 804), la actora participó activamente en la fase de designación el árbitro, cumplimentando la consulta de preferencias que el hizo llegar la Secretaria de la Corte sin mostrar objeción alguna. Es más, la contradicción alcanza grados antológicos cuando consta en el

procedimiento arbitral n.º.993 que la defensa jurídica de EMCASA hizo llegar a la Secretaria de la Corte su oposición al nombramiento del primero de los árbitros propuestos por la parte demandada por el hecho de que, dicho árbitro trabajaba para un concreto despacho de abogados que venía prestando servicios desde hacía tiempo para el grupo empresarial ACS, la Secretaria de la Corte admitió la alegación y designo al siguiente árbitro de la lista, notificándoselo a las partes sin que ninguna de ellas opusiera objeción. He aquí una manifestación de conducta incontaminada por parte de la Secretaría General de CIMA.

21. Como bien indica la Sentencia cuando el resultado del laudo ahora dictado por otro árbitro sigue si satisfacer económicamente a la entidad mercantil demandante, es cuando formula la tacha contra CIMA, que en la anterior ocasión parece que cumplió su función administradora de forma irreprochable. Es evidente que se trata de una denuncia inconsistente, parcial, voluntarista y, por tanto, abocada al fracaso.

22. En cuanto a lo que llama la actora «*conversaciones indebidas*», dice la Sentencia de 8 de junio de 2021 que «*ni mucho menos puede alcanzar a la entidad arbitral pues no se trata en puridad de conversaciones indebidas o unilaterales*», sino que únicamente se trató de un hecho tangencial consistente en solicitar por el Letrado de MONCOBRA al Árbitro el desglose de cierta documentación del procedimiento n.º 804. Finalmente, por fútil e intrascendente ningún comentario le merece a la Sentencia en su argumentación la relación editorial entre el Letrado de MONCOBRA y un hijo del Secretario de CIMA.

23. Por todo lo cual la Sentencia de 8 de junio declara que no puede decirse que CIMA, tenga o haya tenido una relación con la empresa MONCOBRA que comprometa su funcionamiento imparcial el procedimiento de designación del Árbitro, por lo que no se ha vulnerado el deber de revelación que se contempla en los arts. 14.3º y 17 LA, ni por CIMA ni por el Árbitro.

24. La segunda cuestión que aborda la Sentencia que estamos analizando, se centra en el reproche que se contiene en la demanda de anulación sobre vulneración de la motivación del laudo por error en la valoración de la prueba, encauzando la pretensión de nulidad en el motivo del art.41.1º.f) LA, referido al orden público. Cuestión ésta —de la valoración de la prueba— sobre la que la Sentencia recuerda que se trata de una materia que afecta a la naturaleza y procedimiento arbitral y, por tanto, queda fuera de cualquier *cognitio* o examen por parte de los órganos jurisdiccionales.

25. Con un despliegue profuso de la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, la Sala realiza una serie de reflexiones acerca del alcance que deben tener los motivos de anulación, tomando como punto de partida el ATC 231/1994, de 18 de julio F.3, que señala que:

«las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje necesariamente deben limitarse a los supuesto de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1-4 del art. 45) o de las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5º), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso».

En la misma línea que ese ATC, se dice en la Sentencia que se analiza, que el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990 y 22 de junio de 2009, que:

«la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del Poder Judicial, determinan que la intervención de los órganos jurisdiccionales tenga carácter de control extraordinario y limitado a determinados supuestos, sin entrar en el fondo de lo resuelto pro el árbitro ni en la prueba practicada por el árbitro».

26. Con base en esa jurisprudencia la Sentencia declara que, en no pocos supuestos, la pretensión que se ampara en la invocación de una causa de nulidad, lo que realmente pretende abordar «la revisión de la materia de fondo, plantear al Tribunal una interpretación alternativa de la prueba, y con ello rebasar lo que debe ser el correcto entendimiento del proceso de anulación del laudo arbitral» (Fundamento Cuarto *in fine*). Y esto es precisamente lo que pretendía la demandante en su acción de anulación contra el Laudo de 29 de mayo de 2020: que la Sala revise de nuevo la valoración de la prueba hecha en sede arbitral.

27. Aun admitiendo que el concepto de orden público, es indeterminado, no por ello la Sentencia deja de tener presente los límites del que se denomina orden público procesal, que hace referencia a la infracción de derechos y libertades fundamentales y sus garantías, destacándose que la misma Sala que ahora ha enjuiciado los Autos 76/2020, sobre nulidad del laudo, 61/2020 de CIMA, ya resolvió sobre esta particular cuestión en sus Sentencias de 6 de noviembre de 2013 y 13 de febrero de 2013, que son trasunto de la STC 54/1989, de 23 de febrero, cuando aclaró que: «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 pro la voluntad de las partes tanto en lo social como en lo económico».

28. En consecuencia, la correcta delimitación del concepto de orden público se constituye así en una exigencia para que los jueces y tribunales de justicia no invadan o hagan una interpretación expansiva de ese concepto que les permita sustituir y conocer lo que el tribunal arbitral ha argumentado y resuelto. Esto quiere decir que, en relación a una supuesta arbitraria valoración de la prueba como mantiene la actora, ésta no puede prosperar si esa valoración realizada por el árbitro no es contraria a las garantías constitucionales o de forma grosera es irracional e ilógica al extremo de perjudicar a la adversa. Si esto no es así, como es el caso que se comenta, la valoración de la prueba corresponde en exclusiva al tribunal arbitral sin que pueda el órgano judicial competente entrar a realizar esta función. De esta manera la STC 15 de febrero de 2021 ha establecido que: «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 controversia.»

29. Por tanto, la alegación la pretensión que aduce EMCASA en el arbitraje de referencia carece de fundamento y por tal motivo ha sido desestimada por la Sentencia 38/2021 de 8 de junio, pues como bien remacha la misma no es admisible que «se nos esté planteado una auténtica valoración paralela de la prueba, y por ello una revisión de la misma como si nos constituyésemos en Tribunal de

apelación».

IV. CONSIDERACIONES FINALES: HECHOS Y NO OPINIONES

De las líneas anteriores pueden obtenerse las consideraciones siguientes:

1ª.- Se debería hacer un uso prudente y meditado antes de cuestionar a través de la acción de anulación la independencia e imparcialidad de las Cortes de Arbitraje, pues constituyen el eje de la transparencia en la designación de árbitros y la garantía de su rectitud en la administración del procedimiento arbitral; pues tal cuestionamiento por ficticio o sedicente que sea afecta a la integridad ética y la solvencia profesional de la Corte de Arbitraje. Es el caso al que se alude en la Sentencia comentada en las líneas anteriores, en el que la entidad cuestionada ha sido la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), que ocupa un lugar señero en la administración de arbitrajes en la comunidad arbitral española e internacional y que goza de amplio reconocimiento doctrinal y académico como también de los operadores y usuarios de la misma, por su permanente vocación de servicio al arbitraje desde la excelencia y el rigor manifiesto.

2º.- El daño reputacional puede ser enorme cuando la acción de anulación se ejercita sin una base probatoria sólida y convincente, como ha quedado demostrado en el caso a que se contraen los Autos judiciales de nulidad 76/2020. Daño reputacional que solo ha podido ser reparado mediante la contundente y ejemplar argumentación recogida en la Sentencia 38/2021, de 8 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha despejado definitivamente cualquier sombra de duda sobre CIMA, dejando claro que esta Corte cumplió con transparencia escrupulosa no solo la designación del árbitro sino también la administración del procedimiento arbitral que concluyo con el laudo de 29 de mayo de 2020.

3ª.- La tercera consideración que puede extraerse de la citada Sentencia, es que confirma definitivamente que el arbitraje como institución tiene un *interna corporis* infranqueable y vedado al orden judicial, salvando las propias excepciones que la Ley de Arbitraje contempla para que los órganos jurisdiccionales auxilien al arbitraje (designación de árbitros, cautelares, pruebas que requieren el apoyo judicial y la propia acción de anulación). Por tal motivo la constante apelación a la causa del art.41.1º.f) LA por parte de quienes se consideran perjudicados por el laudo, es hoy un camino estrecho y sin apena recorrido ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia ordinaria y constitucional han acabado por fijar los casos y términos en que puede prosperar esa acción, cuando con la misma se pretende una revisión tanto de fondo como respecto a la valoración de la prueba por el órgano judicial.

4ª.- Por consiguiente, el deber de transparencia de CIMA en el cumplimiento de su deber de velar por la capacidad e independencia del Árbitro, como la forma y el contenido de la argumentación y la valoración de la prueba que ha realizado éste último, forman parte de ese núcleo duro del arbitraje que llamamos *interna corporis* que los jueces y tribunales no pueden invadir so pena de desnaturalizar y banalizar la institución arbitral, como se ha pretendido en la acción de anulación al no acreditarse mínimamente el nexo de relación de causa a efecto entre la presunta irregularidad de la actividad de la Corte y del Árbitro con el Laudo dictado el 29 de mayo de 2020: CIMA no padeció

en ningún momento un conflicto de intereses, porque siempre actuó en la administración del procedimiento n.º.993 conforme al Código de la Buenas Prácticas Arbitrales; y el Árbitro realizó una valoración completa, lógica y racional de la prueba practicada. Pues una cosa son los hechos y otras las simples opiniones.

Finalmente recordando a Virgilio, *facta non verba*.

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles

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 (ATSIJ MADRID CP 1ª 17 FEBRERO 2021)

Arbitraje — Laudo arbitral — 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, de 17 de febrero de 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) desestima 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 (estipulaciones 12 y 13 del contrato). 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».

INCOMPETENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO PARA CONOCER DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DEL DEPORTE (ATSJ PAÍS VASCO CP 1ª 1 MARZO 2021)

Arbitraje — Laudo arbitral — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte — Convención de Nueva York de 1958 — Derecho internacional privado — Incompetencia del Tribunal Superior de Justicia.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de marzo de 2021 (ponente: Francisco de Borja Iriarte Ángel) se declara incompetente para conocer del procedimiento de ejecución del laudo arbitral de fecha 6 de abril de 2020, dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte. La decisión razona del siguiente modo:

«(...) La competencia de esta Sala en materia de reconocimiento de laudos extranjeros aparece en el art. 8.6º LA, del siguiente tenor literal: "6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones

arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos"; en el presente caso, y habida cuenta que la parte demandada carece de domicilio o residencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco, la competencia de este Tribunal vendría, en su caso, determinada por el foro subsidiario, esto es, el lugar de ejecución o dónde el laudo deba producir sus efectos (...). 1.- En el escrito de demanda la parte actora manifiesta que "...se hace constar que es competente esa Sala dado que el demandado (C.A.H.), tiene diversos activos en la ciudad de Vitoria, por ser deudor del C.D.A. SAD con motivo de su participación en las cantidades que deban ser abonadas al S.L. por el traspaso-compra del jugador Ángel Daniel ' 2.- Por diligencia de ordenación dictada por la Letrada de Administración de Justicia el 25 de enero de 2021 se requirió a la parte actora para que acreditase "la concurrencia del requisito del número 6 del art. 8 de la Ley 60/2003, de arbitraje, sobre competencia de este Tribunal". 3.- La parte actora, mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2021, manifestó que: "Segundo: Que, en el presente caso, el Laudo Arbitral se dicta en un contencioso entre un intermediario Paraguayo y un Club Argentino, por lo que la competencia de ese TSJ no deriva, evidentemente, de los dos primeros criterios (lugar de residencia de las partes), sino que deriva de la competencia territorial donde se debe proceder a la ejecución y donde debe producir efectos el laudo. En tal sentido, como se ha indicado, esta parte tiene conocimiento de que el citado Club debe recibir un porcentaje (1.5%) de las cantidades que el CDA debe pagar al S.L. (SC L.) por la transferencia de un jugador llamado Ángel Daniel. En tal sentido, se aporta, al respecto, confirmación EXPRESA remitida por el citado Club a esta parte (...). Ello supone que el C.A.H. tiene un activo (derecho de crédito en Vitoria, susceptible de embargo, y, de conformidad con el art. 545.3º de la LEC, se podrá interesar la ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia 'ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados' Por tanto, a nuestro entender, conforme a lo previsto en el citado art. 8.6º LA, en relación con el art. 545.3º LEC, deba considerarse Vitoria (domicilio social del C.D.A. SAD), como el lugar de ejecución del citado Laudo Arbitral, y esa Sala a la que nos dirigimos, como competente para conocer sobre la homologación del Laudo extranjero, ex art. 8.6º LA". 4.- Finalmente, es relevante a estos efectos que, entre los documentos aportados se encuentra —p. 61 de los autos—, un correo electrónico firmado por Arsenio en nombre del Deportivo Alavés SAD con el siguiente tenor literal: "Estimado colega, Según nuestros archivos, a fecha de la presente no existen cantidades pendientes de pago al Sporting de Lisboa en relación a los derechos federativos de Ángel Daniel. No obstante, en el supuesto de que resulte alguna cantidad conforme al contrato entre las partes, retendremos y abonaremos el porcentaje que le corresponda al club Huracán de Argentina correspondiente al mecanismo de solidaridad establecido por las normas FIFA si ello es requerido en virtud de resolución de FIFA y/o judicial al efecto. Un saludo".

A la luz de lo expuesto esta Sala carece de competencia para conocer de la demanda de reconocimiento del laudo suizo en cuestión; no disponiendo de domicilio o residencia en España la parte demandada, como bien dice la parte actora, sólo gozaría de la citada competencia si el laudo

fuese ejecutable en territorio de la Comunidad Autónoma Vasca o aquí fuese a producir sus efectos. En el presente caso no existe activo sobre el que ejecutar el laudo, habida cuenta que la propia demandante aporta documental conforme a la que el Deportivo Alavés SAD dice no constarle que deba nada al C.A.H.. Es decir, no se ha acreditado la existencia de objeto sobre el que eventualmente ejercitar la ejecución del laudo una vez homologado, y no existiendo objeto de la ejecución no es competente esta Sala para conocer de la acción ejercitada (...). El art. IV del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 establece: "...". Por su parte, el art. 54.4º LCJL, de aplicación supletoria conforme al art. 46 LA, requiere que se acompañe a la demanda de execuátur "El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados", requisito igualmente recogido en el art. 2 del Tratado entre España y la Confederación Suiza para facilitar la pronta ejecución de las sentencias o fallos dictados recíprocamente en sus respectivos Estados en materia civil o comercial, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1896. Por todo ello, procede incorporar a las demandas de reconocimiento de laudo extranjero un documento que cumpla los requisitos formales reseñados, lo que tampoco ha hecho el demandante».

[Vid.. Juan José Álvarez Rubio, «Procedimiento de execuátur de laudo extranjero: la ausencia de competencia del tribunal para conocer del procedimiento de ejecución del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) como motivo de inadmisión de su reconocimiento», *supra*]

EL SOMETIMIENTO DE LA PRESENTE CUESTIÓN A ARBITRAJE NO SE INCLUYE EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES COOPERATIVIZADAS, DESDE EL ÁMBITO CONTRACTUAL (AAP BILBAO 3ª 4 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje cooperativo — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación.-
Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, de 4 de marzo de 2021 (ponente: Ana Isabel Gutiérrez Gegundez) tras examinar el convenio arbitral estima un recurso de apelación interpuesto frente al Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao declarando la competencia de dicho Juzgado. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) Teniendo en cuenta tales consideraciones y presente los principios que sobre el arbitraje se han determinado, es lo cierto que a la resolución de la presente controversia debemos partir efectivamente de lo dispuesto en el art. 62 de los Estatutos de la Cooperativa Lorra que literalmente precisan "Art. 62 Arbitraje.- Las cuestiones litigiosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios o entre los socios de la cooperativa en el marco de las relaciones cooperativizadas, incluso en el período de liquidación, una vez agotadas las vías de conciliación, se someterán al arbitraje del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, siempre que este órgano fuera competente para resolver dichas cuestiones, comprometiéndose expresamente las partes a acatar el laudo que resultase dicho arbitraje". Ciertamente y en primer lugar el contexto personal (existen personas individuales o físicas extramuros de la propia consideración de las personas

jurídicas o cooperativas) que exceden las consideraciones o relaciones entre B. y la entidad L., pero aún cuando este argumento no se comparta, es lo cierto que como se ha apuntado la demanda se centra en infracción intromisión ilegítima en el honor de los actores, que vienen determinados bajo la idea de imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia dignidad, igualmente en el ámbito que a las personas jurídicas le es atribuido y bajo el denominador común de la protección del derecho al honor en su consideración de desmerecimiento en la consideración ajena. Si ello es así, y así se determina como fáctico y jurídico de la demanda, es lo cierto que no nos encontramos en absoluto y al entender de esta Sala bajo el prisma de las relaciones cooperativizadas a que el art. 62 Estatutario se refiere. Por ello entendemos que el sometimiento de la presente cuestión a arbitraje no se incluye, como se ha expresado, en el ámbito de las relaciones cooperativizadas, desde el ámbito contractual, lo que supone la competencia para entender del procedimiento del Juzgado de Instancia 3 de los de Bilbao. Por cuanto antecede procede con estimación del recurso de apelación acordar la competencia del Juzgado de Instancia n.º 3 de los de Bilbao con levantamiento del archivo decretado».

LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN ALEGADAS NO ENTRAN DENTRO DE LOS MÁRGENES ADMITIDOS PARA LA OPOSICIÓN AL DESPACHO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL (AAP MADRID 10ª 6 MARZO 2021)

Arbitraje — Laudo arbitral — Protocolización — Título de naturaleza ejecutiva — Despacho de ejecución — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 6 de marzo de 2021 (ponente: Fernando Delgado Rodríguez) confirma la decisión de instancia que declaró procedente el despacho de ejecución de un laudo arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) es acertado el criterio judicial de la primera instancia al razonarse que no es preciso determinar si el título se encuentra o no protocolizado, sino si es auténtico, sobre cuya falta de autenticidad no se ofrece prueba alguna. Y atendiendo a la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª en su resolución de 16 de enero del 2007 dictada en el recurso de apelación 800/2006, y Sección 25ª, fijada en Auto n.º 221/2009, de 13-11, cuando el procedimiento arbitral se siguió bajo la vigencia de la actual Ley de Arbitraje 60/2003, en cuyo art. 37.8º se contempla la protocolización como una formalidad que puede ser exigida por cualquiera de las partes antes de la notificación, pero no se le atribuye carácter obligatorio, ni tampoco la LEC impone el cumplimiento de esta formalidad para dotarla de eficacia ejecutiva, pues a tal fin sólo obliga a acompañar al Laudo los documentos acreditativos de la notificación a las partes (art. 550.1,1º LEC). El régimen legal vigente introdujo un cambio claro en la formalización del Laudo arbitral, pues ciertamente el art. 33.2º de la anterior Ley 36/1988 obligaba a protocolizar el Laudo y el art. 54 a presentar copia autorizada para su ejecución forzosa, pero en la actualidad la protocolización no es una exigencia, sino una formalidad exigible por cualquiera de las partes por conveniencia a

sus intereses, y cuya única relevancia en el ámbito formal es que el laudo protocolizado impide al ejecutado oponerse alegando la falta de autenticidad, pues el archivo notarial da fe de la naturaleza verdadera del título y no permite discutirla. Es en esos términos como se ha de entender lo dispuesto por el art. 559.1.4º, cuando permite al ejecutado oponerse a la ejecución por defectos procesales alegando la falta de autenticidad si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado. Es decir, el laudo arbitral no protocolizado permite al ejecutado alegar la falta de autenticidad, pero eso no implica que por el hecho de no estar protocolizado el título no sea auténtico. Tal interpretación la hizo, con carácter de auténtica, la exposición de motivos de la Ley 60/2003 diciendo: "Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional". Por lo tanto, la ausencia de protocolización no es equivalente, ni produce la falta de autenticidad. Y, no habiéndose acreditado la falta de autenticidad, la apelación en lo que concierne a dicha causa de oposición debe ser desestimada».

«(...) También se alegó la nulidad del título ejecutivo al no haberse abonado la tasa correspondiente a la entidad bancaria colaboradora y, que el convenio fue impuesto al ejecutado en un contrato de adhesión en el que no tuvo auténtica capacidad negociadora. A cuyo efecto es acertada la tesis de la resolución judicial recurrida, cuando en la misma se concluyó que debemos partir de la naturaleza jurídica del procedimiento en que nos encontramos, basada en un título de naturaleza ejecutiva en el art. 517.2.2º LEC, por cuanto la resolución arbitral es firme (...)».

SE ADMITE UNA DECLINATORIA ARBITRAL PUES ESTAMOS ANTE UNA CLÁUSULA PACTADA Y EXISTE UNA SUMISIÓN CLARA Y EXPLÍCITA DE LAS PARTES A ARBITRAJE (SAP BARCELONA 1ª 9 MARZO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Cláusula no negociada inserta en un contrato de adhesión — Procedencia de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 9 de marzo de 2021 (ponente: Isabel Adela García de la Torre Fernández) 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 de la LCGC y la cláusula ha pasado a formar parte del mismo».

NO CORRESPONDE AL TSJ REALIZAR UN REEXAMEN DE LA PRUEBA PRACTICADA Y EFECTUAR UNA VALORACIÓN PROPIA PARA ENFRENTARLA A LA REALIZADA POR EL ÁRBITRO (STSJ CANARIAS CP 1ª 10 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Deficiente valoración de la prueba jurisprudencia laudo arbitral orden público — Doctrina del Tribunal Constitucional — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 de marzo de 2021 del (ponente: Carla María del Rosario Bellini Domínguez) desestima una demanda de anulación de un laudo arbitral pronunciado por un árbitro única con, entre otras, las siguientes consideraciones legales:

«El orden público, en lo que a la anulación de los laudos se refiere, ha sido objeto de variados pronunciamientos, tanto de los Tribunales de Justicia como por el Tribunal Constitucional, pronunciamientos entre los que debemos destacar, aunque sea por lo novedosa y en un sentido cronológico, que no de contenido, la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio de 2020, dictada en el Recurso de amparo 3130/2017 y que nos servirá para acotar el alcance de la revisión que a esta Sala de lo Civil compete (...). 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, que desde una perspectiva procesal —error in procedendo— corresponde a la Sala ante la que se impugna el laudo, verificar que se ha dado estricto cumplimiento a lo contenido en el ap. 1 del art. 24 LA: «Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos», el respeto a la igualdad de armas, siempre con sujeción a los principios básicos constitucionales en la materia. Desde el punto de vista del Derecho material el alcance de la revisión se limita a comprobar que el laudo respeta 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, concretando, lo más nuclear de nuestro Estado de Derecho y no cualquier discrepancia, incluso error, en la resolución arbitral. Esto supone que incluso si el árbitro incurrió en error in iudicando no podrá acogerse la impugnación instada si no es un error que afecta a esos contenidos esenciales, descartándose incluso como motivo de impugnación la contravención de las normas imperativas. El derecho a la tutela de los Tribunales, que es el principio constitucional básico que eventualmente contravendría un laudo que aplicase incorrectamente la norma relevante, ha sido tratado por el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva de la Justicia ordinaria, en varios momentos. Así la STC 151/2001, de 2 de julio, expone que no existe un derecho constitucional a obtener una resolución ajustada a Derecho: «...el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales...», bastando que «la fundamentación no sea arbitraria, ni irrazonable, ni incurra en un error patente», por lo que una resolución que eventualmente aplicase el Derecho de forma incorrecta no vulneraría el derecho constitucional a la tutela de los Tribunales, de lo que se deriva que la parte eventualmente perjudicada no puede solicitar el amparo constitucional. O lo que es lo mismo, las partes en un procedimiento judicial no tienen derecho al acierto del órgano actuante, de forma que el derecho constitucional se garantiza con una resolución materialmente — realmente— motivada y carente de arbitrariedad (...). Trasladando lo anterior al arbitraje, un laudo únicamente contravendría el orden público si careciese de una motivación efectiva, fundamentada en Derecho. Sentado lo anterior, no cabe acoger que nos encontremos ante un error patente y manifiesto en la valoración de la prueba, un error que, como hemos dicho, debiera ser de tal profundidad que supusiese la conculcación de esos principios básicos ordenadores de nuestro sistema. No es motivo acogible un simple error en la valoración de la prueba. Como hemos dicho en el apartado anterior, el control que a esta Sala le corresponde respecto de la aplicación material del Derecho está limitado a verificar que no se incumplen los parámetros básicos que configuran nuestro sistema legal, arbitrabilidad de la materia, igualdad de armas, contradicción..., quedando excluido de su alcance el estudio de la aplicación del Derecho realizada por el árbitro, incluso si es —o pudiera ser— errónea. No nos encontramos ante una apelación que corrija el eventual desacierto del árbitro, sino ante una revisión externa del laudo, de sus aspectos

esenciales. La parte recurrente ofrece a esta Sala una interpretación de la norma alternativa a la realizada por el árbitro, pero no pone de relieve en ningún momento la vulneración por parte de éste de los principios básicos de nuestro Estado de Derecho. La que ha resuelto pudo incurrir —o no— en error en la aplicación de la norma —error in iudicando— pero a esta Sala no le compete decidirlo por los motivos antes expuestos. Pues bien, partiendo que no corresponde a esta Sala, con ocasión del presente procedimiento, dado su objeto y alcance, realizar un reexamen de la prueba practicada y efectuar una valoración propia para enfrentarla a la realizada por el árbitro, sí lo es examinar si el proceso valorativo realizado por éste, es conforme a criterios de racionalidad, que el resultado valorativo y consiguiente conclusión es coherente con la prueba practicada, sin que esto signifique el acierto en dicha valoración, pero sí que se ha apoyado en la prueba practicada, exponiendo, de manera que pueda comprenderse dicha valoración y la lógica de la conclusión que alcanza; que no es extravagante, voluntarista o arbitraria y que la conclusión resolutoria que alcanza con base en la misma, es racional. Todo ello, sin olvidar que el procedimiento arbitral goza, en general, de una mayor flexibilidad procedimental frente a los procedimientos judiciales, y a ello no es ajeno la materia probatoria, tal como señala el art. 26.2º in fine LA, al establecer que la potestad de dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, comprende «la de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración». Que el ap. 1 del art. 24 LA recoge que: «Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos», el respeto a la igualdad de armas, siempre con sujeción a los principios básicos constitucionales en la materia. Que, a su vez, en el art. 24 obliga a que se respeten en el arbitraje los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Y que el art. 32, se refiere a las específicamente a las pruebas periciales, disponiendo que los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos y añade que, también salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, los peritos después de la presentación de su dictamen, deberán participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogar al perito, todo ello sin perjuicio de la facultad de las partes de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados». Pues bien, toda esta normativa ha sido escrupulosamente cumplida en el Laudo llevado a cabo»

[Vid.. «El TSJ de Canarias aplica la doctrina emanada por la STC 15 febrero 2021 aunque convendría que «aggiornara» su discurso sobre la acción de anulación del laudo (STSJ Canarias CP 1ª 2 marzo 2021)», LA LEY Mediación y Arbitraje, n.º 8, julio–septiembre 2021, 1 de julio de 2021]

EL TSJ DE MADRID SOBREESE UN PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE UN LAUDO ARBITRAL CCI A PARTIR DE LO DISPUESTO EN LA STC 55/2021 DE 15 DE MARZO (ATSIJ MADRID CP 1ª 13 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación arbitraje — Doctrina del Tribunal Constitucional — Corte internacional de arbitraje de la CCI — Tutela judicial efectiva.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 de abril de 2021 (ponente: Jesús María Santos Vijande) sobresee el procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 45/2018, tal y como interesaron las partes. Debe recordarse que la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó la Sentencia 49/2018, de 13 de diciembre estimando la demanda de anulación parcial de laudo arbitral dictado con fecha 14 de abril de 2018 por D. Josef Fröhlinfsdorf en el procedimiento Arbitral n.º 22917/JPA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Suscitado incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ contra la precitada Sentencia, fue desestimado por Auto de 5 de marzo de 2019. Recurridas en amparo las anteriores resoluciones, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia n.º 55/2021, de 15 de marzo de 2021, acordando: 1º. Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. 2º. Restablecer a los recurrentes en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la S 13 de diciembre de 2018 y el Auto de 5 de marzo de 2019, ambos de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada (*sic*) en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 45/2018. 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. De conformidad con lo anterior, el presente Auto declara que:

«(...) La ratio decidendi de la Sentencia de amparo se refiere a una única cuestión que analiza en el FJ 3º sub epígrafe la posibilidad de desistimiento en el procedimiento de impugnación del laudo arbitral, a saber: ante la negativa de esta Sala a archivar el procedimiento, una vez que las partes alcanzaron un acuerdo sobre la resolución del conflicto, el Tribunal Constitucional, sin entrar a analizar la infracción del orden público apreciada por nuestra Sentencia 49/2018, de 13 de diciembre, al amparo del art. 41.2º LA —en sustancia, quiebra de normas imperativas del Derecho de la Unión sobre defensa de la libre competencia—, consideró que dicha negativa viola el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente con apoyo en lo argumentado por su precedente Sentencia 46/2020, de 26 de junio (...). En virtud de lo expuesto, y de conformidad con la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 —que declara la nulidad del Auto y Sentencia precitados, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia—, en aplicación del art. 20 LEC, La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Acuerda 1º. Sobresee el procedimiento de nulidad de laudo arbitral n.º 45/2018, tal y como interesaron las partes».

Dicha decisión cuenta con un extensísimo voto particular del magistrado Jesús Santos Vijande proponiendo poner en marcha una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

INADMISIÓN DE LA DECLINATORIA ARBITRAL, PUES LA RECLAMACIÓN DONDE SE INCLUYE EL CONVENIO ARBITRAL NO FUE FIRMADA POR EL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO NI POR SU ASEGURADORA (AAP JAÉN 1ª 18 MARZO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Primera, de 18 de marzo de 2021 (ponente: Blas Regidor Martínez) declara no haber lugar a la declinatoria en contra de lo pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia, con el siguiente razonamiento:

«(...) El origen del procedimiento es el hecho de que el 15 de abril de 2019 la esposa del actor estacionó su vehículo en el parking público «La Victoria», y al recoger el citado vehículo se percató de que el mismo tenía daños que no existían cuando fue depositado en el parking. La usuaria del automóvil formuló una queja en el establecimiento, queja en la que se suscribió el deseo de la usuaria de someter la cuestión litigiosa a arbitraje. La demanda se interpone por el titular del vehículo y por la aseguradora de éste, contra la aseguradora del parking. Pues bien, el art. 9 LA viene a disponer: «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». Siendo así las cosas, no tiene razón la parte apelante cuando mantiene que el consentimiento fue prestado por error, y es que basta ver el documento para apreciar que se tachó la casilla donde la parte aceptaba el arbitraje, no tachándose con un aspa o cruz la casilla en la que se consentiría la mediación. Esto es, fue la parte la que después de leer el documento decidió libremente someterse, a fin de dirimir la discordia, a la decisión de árbitros. Ahora bien, la presente demanda no la interpone la persona que firmó el documento, sino que lo hace el propietario del vehículo, y la aseguradora de éste, aseguradora que actúa en el presente en virtud del contrato de seguro que la une con el propietario. El art. 1.257 Cc dispone: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley». La reclamación donde se incluye el convenio arbitral no fue firmada por el propietario del vehículo ni por su aseguradora, por lo que no puede obligar el mismo a ninguno de los dos. Cuestión distinta es la obligación de la aseguradora demandada, y es que ésta ocupa la posición de su asegurado, y como quiera que su asegurado sí se sometió a arbitraje ella también lo estaría, pero no al contrario. Así, solo cabe estimar el recurso, dejando el auto sin efecto, ordenando la tramitación del procedimiento por sus propios trámites»

OTORGAMIENTO DEL EXECUÁTUR DE UN LAUDO ARBITRAL PROCEDENTE DE LA CORTE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE UCRANIA (ATSIJ CATALUÑA CP 1ª 22 MARZO 2021)

Arbitraje — Laudo arbitral — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Ucrania — Convención de Nueva York de 1958 — Notificaciones — Execuátur: sí.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 22 de marzo de 2021 (ponente: Maria Eugenia Alegret Burgues) otorga el executur de los laudos arbitrales dictados el 4 de septiembre 2018 y 16 de octubre de 2018 por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, con la siguiente fundamentación jurídica:

«(...) En la resolución del presente executur se ha de estar tanto en cuanto a los documentos que deben presentarse con la demanda como en orden a los motivos de oposición a los términos del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), al que se adhirió España sin reservas en instrumento de 12 de mayo de 1977, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.2º LA y el art. 2 a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI) en relación con su disposición adicional primera, letra e). Las normas referidas a los executur de sentencias judiciales extranjeras contenidas en la LCJI no son todas de aplicación al executur de los laudos extranjeros. No lo son las que establecen los documentos que han de ser presentados junto con la demanda ni tampoco las causas de oposición en tanto que ambos supuestos se hallan regulados en el Convenio de Nueva York, norma de rango preferente como hemos expuesto (ATSJ Murcia 12 de abril de 2019). La competencia para el conocimiento y resolución del executur ha quedado residenciada, tras la promulgación de la LO. 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 8) en las Salas civiles y penales de los Tribunales Superiores de Justicia y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil español. El referido Convenio (CNY) sujeta la obtención del executur a la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos. En primer lugar, unos de carácter formal que operan como presupuestos de la correspondiente resolución, consistentes en la aportación junto con la demanda del original o copia autenticada de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada del acuerdo o convenio arbitral descrito en el art. II, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción (art. IV). Y otros, de fondo, constatables de oficio relacionados con la ley del Estado donde el laudo ha de ser ejecutado como son que el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (art. V.2º.a), y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público de ese país (art. V.2º. b). Por el contrario, el examen del fondo del asunto, queda al margen de la comprobación. Otras causas de denegación del reconocimiento son tasadas y se recogen en el art. V del Convenio. Solo pueden ser estimadas a instancia de parte correspondiendo la carga de la prueba a quien las invoque. Con tal disposición se quiso superar los inconvenientes derivados de la prueba que imponían al solicitante para la acreditación de un numeroso grupo de requisitos previos para su homologación, desplazando hacia la contraparte (extremo fundamental en la interpretación del CNY) la carga de la prueba de la concurrencia o no de los motivos de oposición que se esgrimen y que no deban ser apreciados de oficio por el Tribunal, con la clara finalidad de constituir un instrumento eficaz para el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales (ATS, Sala 1º 7 octubre 2003 y ATSJC de 17 noviembre 2011). La homologación que establece el antes citado Convenio de Nueva York de 1958 parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no articula un sistema de reconocimiento automático, sí que se parte de un

principio favorable al reconocimiento y ejecución pues configura un sistema de homologación cuyo fundamento se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del convenio de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia del laudo arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, trasladando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir (ATS, Sala 1ª de 5 de mayo de 1998, o de 8 de octubre de 2002; AATSJ Cataluña 127/2011, de 17 de noviembre, 25 de marzo de 2013; 19 de febrero de 2014, 11 de septiembre de 2020 y ATSJV 11 de septiembre de 2020. Respecto del procedimiento, se ha de señalar que de conformidad con el 46.2 de la Ley de Arbitraje, se sustanciará según los trámites establecidos en el ordenamiento procesal civil para el execuátur de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. En la actualidad, derogada definitivamente la LEC/1881, deberá estarse al procedimiento establecido en el art. 54 de la LCJI, si bien adaptado como se ha dicho a las normas del CNY en cuanto a los documentos que deben acompañarse con la demanda, los motivos de oposición y las normas sobre la carga de la prueba. Por esa distinción esta Sala, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo cuando conocía de estos procedimientos, da traslado de la oposición a la parte instante para que pueda contestarlos, como hizo en este caso la Sala en el proveído de 11 de enero de 2021. La doctrina jurisprudencial ha considerado que el procedimiento de execuátur es esencialmente de homologación como se señala en STS 23 de enero de 2007 aunque la parte contra el que se pida el reconocimiento pueda oponerse al mismo y articular prueba para acreditar la concurrencia de alguno de los motivos contemplados en el CNY».

«(...) Motivos de oposición del laudo. Desestimación . Los motivos de oposición invocados por la parte demandada se analizarán bajo el prisma de la legislación aplicable a la que hemos aludido en el FJ anterior. Ello sentado, la demanda se presentó con los documentos requeridos por el art. IV.1º y 2º CNY que, diferencia del art. 54.4º.b) de la LCJI, no exige que se aporte con la demanda el documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente. Cuestión distinta es que la parte demandada no pueda oponer la inexistencia de tal notificación, lo que viene facultada por el art. V.1º.b) del CNY a cuyo tenor es causa de oposición: que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa. La carga de la prueba le corresponde a quien se opone, aunque pudieran ser observadas las reglas relativas a la facilidad probatoria contempladas en el art. 217.7º LEC 1/2000. Pues bien, del examen de las actuaciones no puede entenderse acreditada la falta de la debida notificación a la demandada del procedimiento arbitral, único motivo de oposición formulado. Junto con la demanda de execuátur se presentaron sendas certificaciones emitidas por el tribunal arbitral sobre que la demandada fue debidamente notificada tanto del inicio del procedimiento como de los laudos cuya ejecución se pretende, expresándose el nombre de la empresa que había realizado la entrega de la documentación, el número de albarán y la fecha de las mismas. A la vista de que la parte demandada al contestar a la demanda de execuátur opuso que no se había realizado el emplazamiento ni la notificación de los laudos, la parte actora acompañó en el traslado conferido por la Sala para contestar sobre las causas de oposición, las certificaciones libradas por la

empresa de mensajería encargada de la entrega de la documentación, expresivas del día y hora en que se produjeron las entregas y de los nombres de las personas que las recibieron. Frente a estos elementos probatorios carecen de relevancia los mails que se aportaron junto con el escrito de oposición en tanto que lo único que se deduce de los mismos es que las partes continuaron con sus relaciones comerciales después de los laudos. Ninguna otra prueba ha interesado la demandada para acreditar que la entrega de la documentación no tuvo lugar y, por tanto, la falsedad de lo afirmado tanto por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania, como por la empresa de mensajería DLH Express. La documentación aportada con el escrito de contestación a la oposición por la parte actora, dando respuesta a lo objetado por la demandada —documentación de la que se dio oportuno traslado a la parte demandada sin haber opuesto ni alegado nada hasta el día señalado para la votación y fallo— no puede tildarse de extemporánea. Tanto porque, como se ha repetido, los documentos que deben ser presentados con el escrito inicial son los exigidos en el art. IV CNY, sin perjuicio de las causas de oposición y de su acreditación, como por cuanto la LCJI admite que la documentación incompleta pueda subsanarse (art. 54.6º). Por lo que se lleva razonado, no concurriendo ninguna otra causa de oposición observable de oficio que impida el reconocimiento, procede dar lugar al ejecútur solicitado».

LA ACTIVIDAD DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA CORRESPONDE CON CARÁCTER EXCLUSIVO A LOS ÁRBITROS QUE CONOCEN DE LA INSTANCIA ARBITRAL Y SU REVISIÓN IMPLICARÍA UN CONOCIMIENTO DEL FONDO DEL ASUNTO (STSJ CASTILLA LA MANCHA CP 1ª 22 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje cooperativo — Acción de anulación — Incongruencia *extra petita* — Indefensión — Motivación irracional — Orden público — Valoración irracional de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 22 de marzo de 2021 (ponente: Jesús Martínez–Escribano Gómez) desestima la demanda de nulidad del laudo arbitral dictado por la Comisión de Arbitraje, Conciliación y Mediación del Consejo Regional de Economía Social de Castilla La Mancha. La argumentación es como sigue:

«(...) (E)l 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. Con ello, y desde ya, queremos decir que no entramos a conocer de los motivos de fondo del arbitraje, que laten en el recurso y que han centrado, en esencia, la exposición del alegato de la vista: simulación o no del negocio jurídico que vincula a las partes; validez de la convocatoria y constitución del Asamblea General Extraordinaria de 16 febrero 2019 por falta de acreditación de

la condición de socio; y validez del acuerdo de disolución. El laudo arbitral, de derecho, independientemente de su acierto —que no enjuiciamos—, se encuentra suficientemente motivado y no puede ser calificado de arbitrario, ilógico, absurdo o irracional».

«(...) Sobre la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. El primero de los motivos de la demanda, por inexistencia o invalidez del convenio arbitral, se encuentra tempranamente abocado al fracaso. No podemos desconocer que es la demandante quien inició el procedimiento arbitral, reconociendo la eficacia del convenio arbitral contenida en la disposición final segunda de los estatutos de la Cooperativa, por lo que ahora no puede ir contra sus propios actos; sería contrario a la buena fe procesal. Y precisamente por ello, por haber iniciado el procedimiento, se habría producido, en cualquier caso —incluso en el de concurrir vicios determinantes de su nulidad, el efecto convalidante de la misma por falta de alegación previa en el plazo previsto conforme con el art. 6 LA, conforme con el que se considera que renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral la parte que conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la propia ley o de algún requisito del convenio arbitral, no lo denunciare en el trámite previsto por el art. 22 LA. Por otra parte, el motivo desconoce el principio de autonomía del convenio arbitral. Denunciando en la demanda exclusivamente la nulidad del negocio de constitución de la Cooperativa, por simulado, la validez y la eficacia del convenio arbitral es independiente de las referidas al contrato principal del que trae causa, de manera que es una figura cuyo régimen jurídico es diferente del contrato por el que surge. Ahonda este extremo el que el convenio arbitral pueda suscribirse respecto de una relación extracontractual. El art. 22.1º LA regula la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia, incluso sobre la existencia o invalidez del convenio arbitral, afirmando en su inciso final que «La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral»; principio cuyo fundamento se halla en que el convenio arbitral es un pacto independiente del contrato principal y que sus efectos perduran aun cuando aquél ha dejado de producir efectos. Significativo es que precisamente muchos arbitrajes pueden surgir como consecuencia de la finalización de un determinado contrato; es por ello que ambos, convenio arbitral y contrato principal, emanan de dos declaraciones de voluntad diferentes, dirigidas a fines diversos: el contrato a regular las relaciones patrimoniales entre las partes, el convenio arbitral, a desplazar la jurisdicción, encomendando la resolución de los conflictos a los árbitros»

«(...) Sobre la congruencia del laudo. Realmente escueto, como señala la demandada, es el fundamento de derecho de la demanda que ampara la pretensión de nulidad del laudo por la resolución de cuestiones no sometidas a la decisión del árbitro; limitándose el demandante señalar que «El árbitro entra a decidir sobre cuestiones tales como disposición de los inmuebles y la maquinaria, entrando en conflicto con la continuidad del socio trabajador, al que de facto se le impide trabajar». El art. 41.1º.c) LA dispone que el laudo podrá ser anulado cuando los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Sin embargo, reiteradamente el Tribunal Supremo ha entendido que los árbitros pueden resolver no solo las cuestiones que han sido configuradas en el convenio sino también las que deban reputarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean una consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado: la congruencia del laudo arbitral admite modulaciones pudiendo entender

comprendidas en el convenio arbitral aquellas facetas de la cuestión que es sometida al conocimiento de los árbitros siempre que se encuentren íntimamente conectadas con la misma y sin las cuales la cuestión litigiosa quedaría resuelta de forma insuficiente o incompleta. En cualquier caso, conforme con el art. 41.3º LA, la anulación afectaría sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros, siempre que puedan separarse de las demás. Basta la mera lectura del suplico de la demanda de arbitraje para desestimar el motivo de anulación ejercitado por la demandante. D. Eduardo pretendía del árbitro que declarara la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en la Asamblea General extraordinaria de 16 de febrero de 2019, en concreto —f.3 vto. del expediente arbitral— dejando sin efecto los acuerdos adoptados y en particular revocar los acuerdos relativos a la constitución de la Asamblea, revocar los excesos de atribución al órgano liquidador y acordar la nulidad de cuantos acuerdos deriven del funcionamiento de la Cooperativa anulando cuantos actos parten de la liquidación; y entre los acuerdos adoptados en la Asamblea, el árbitro conoce de los relativos a la tenencia y depósito de las llaves para el acceso a las instalaciones, maquinarias, inmuebles y dependencias de V. y el cese como socio trabajador del demandante (punto segundo del orden del día de la Asamblea (...)). No existe con ello la incongruencia alegada, considerando que la pretensión ejercitada comprendía también el pronunciamiento acerca de la validez o nulidad de los acuerdos adoptados. Finalmente, y por otra parte, de asumir el planteamiento de la demandante entraríamos en el fondo de lo resuelto por el árbitro, que queda vedado conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente expuesta».

«(...) Indefensión. Orden público. Tampoco es más extenso el alegato que sustenta la pretensión de nulidad del laudo arbitral por contrario al orden público, limitándose el demandante a decir que se le impidió aportar prueba pericial y testifical «acreditativas del alcance económico y fórmula económica del negocio simulado», con vulneración de su derecho a ser oído, defensa y tutela judicial efectiva. Consta en el laudo arbitral que, efectivamente, la demandante propuso diferentes medios de prueba, denegando el árbitro la admisión de la «aportación del Informe pericial, que sí consta en autos al haber sido remitido por el actor a la Comisión previamente, por considerar que en nada afectaba al objeto del procedimiento y/o del suplico de la demanda» y la testifical de D. Félix por considerar que «en nada podía ilustrar sobre unos hechos de los que en nada guarda relación, al no ser socio de V.». Que frente a esta resolución el actor formuló recurso de reposición, interesando protesta a efectos de posible impugnación del laudo, que fue desestimado en el acto de la vista por impertinentes e inútiles. Existe por tanto una resolución arbitral suficientemente motivada que deniega la admisión de los medios de prueba que ahora sustenta la pretensión de nulidad; y, sin embargo, en la demanda nada justifica que dicha resolución fuera contraria a Derecho, infundada o carente de motivación y causante de indefensión a la parte, a quien habría correspondido acreditar su relevancia en autos. Como dijimos en la S 2 de marzo de 2016 (Rec 7/2015) el derecho a la prueba de las partes no resulta absoluto, viniendo limitado a aquella que por útil resulta pertinente para fijar los hechos del debate sometidos por las partes a los árbitros; el art. 25 LA atribuye a los árbitros la potestad de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica y valoración y que aducir in genere, como causa de nulidad, la denegación de la práctica de un medio de prueba propuesto por la parte no es admisible; debería la demandante alegar qué o cuál indefensión se le

produjo denegando su práctica y sólo del análisis de la misma en relación con el conjunto de lo actuado, cabría hipotéticamente anular el arbitraje por indefensión. Es más, examinados los informes periciales aportados con la demanda, uno —emitido por economista— tiene por objeto determinar el valor de las participaciones sociales del actor, a efectos de su transmisión e identificar posibles irregularidades en los estados financieros, evaluando su repercusión en relación con los socios, Agencia Tributaria y terceros; y el segundo —emitido por ingeniero técnico agrícola— valora el conreo de la finca V., sin que podamos acertar a determinar una vinculación directa con la pretensión deducida en el arbitraje que tampoco se exterioriza en la demanda, considerando por ello acertada la posición del árbitro. En el acto de la vista también se alegó error en la valoración de la prueba; sin embargo no podemos olvidar que la actividad de valoración de la prueba corresponde con carácter exclusivo a los árbitros que conocen de la instancia arbitral y su revisión implicaría un conocimiento del fondo del asunto contradictorio con la eficacia de cosa juzgada del laudo y ajeno a los motivos tasados en que puede fundarse el proceso de anulación».

[Vid.. Francisco G. Pro], «El control de la valoración de la prueba por el árbitro », *supra*]

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN SÓLO PUEDE TENER COMO OBJETO EL ANÁLISIS DE LOS POSIBLES ERRORES PROCESALES REFERIDOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES (STSJ MADRID CP 1ª 23 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Ámbito — Corte Civil y Mercantil de Arbitraje — Ausencia de motivación — Orden público — Procedimiento arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sala Primera de 23 de marzo de 2021 (ponente: Francisco Javier Goyena Salgado) desestima una acción de anulación en nombre y representación de «Canal de Isabel II, S.A.», frente al Laudo final y complementario, de fechas, respectivamente, 5 de junio de 2020 y 26 de junio de 2020, que dictó el Tribunal arbitral designado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, razonando del siguiente modo:

«(...) La acción que se ejercita, predica la anulación de la resolución arbitral al amparo del motivo de nulidad contemplado en el art. 41.1º.f) LA, «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 S 23 de mayo de 2011 (...). 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 (...).

b) El examen del Laudo final y del complementario, lleva a esta Sala a rechazar la alegación de falta de motivación de los mismos respecto de las cuestiones planteadas por ambas partes litigantes, así como que la valoración de la prueba —como veremos en relación a la cuestión del déficit de financiación, documental y de interpretación de los Convenios suscritos entre las partes— sea ilógica, arbitraria o contraria a los principios de valoración probatoria.

c) 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. Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada 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.

d) Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público. El árbitro asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, lo que no es impugnado por la parte demandante, 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. 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. Como señala la citada STC 15 de febrero de 2021: «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 ...» (...).

e) Debemos partir, lo que pone de relieve la parte demandada A., que la discrepancia se limita a una de las dos pretensiones planteadas por dicha parte en el proceso arbitral, la tan mencionada cuestión de quién debe soportar el déficit de financiación con cargo a los Fondos Europeos (...).

f) La impugnación que se desprende de la demanda, por otra parte, se refiere también a una incorrecta valoración de la prueba por parte del árbitro. Dicha fundamentación, sin embargo, no llena las exigencias que se derivan 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 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, según 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 laudo final, puesto en relación con el de aclaración/corrección, incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba practicada».

«(...) No puede discutirse y no lo hace el laudo impugnado, que la apreciación de una serie de irregularidades en el procedimiento de contratación de diversas obras, entre las que se encuentra una de las litigiosas, determinaron la calificación como irregular de los contratos examinados por la Comisión, proponiendo y aceptándose por las autoridades españolas la corrección financiera del

2 %. Esto es valorado por el árbitro, pero no con el carácter obstativo que le pretende dar la demandada, en relación a la reclamación planteada por A., para lo que el árbitro se apoya y razona en otras pruebas, igualmente aportadas y practicadas en el procedimiento arbitral, llegando a la conclusión de que del citado informe de la Comisión Europea y de la irregularidad constatada, se derive un incumplimiento contractual sustancial por parte de A., por las razones que ya hemos recogido precedentemente. La solución que da el árbitro podrá o no compartirse por las partes, pero lo cierto es que da una respuesta razonada y razonable, como ya hemos indicado, apoyada en una valoración de la prueba que no es arbitraria, absurda o ilógica, sino fruto de su juicio y criterio. No cabe apreciar, a juicio de la Sala, que se haya incurrido en una vulneración del orden público por las razones que señala la demanda examinada. En definitiva, y conforme al criterio del Tribunal Constitucional expuesto en su S 15 de febrero de 2021, dado que «La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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», defectos que no aprecia esta Sala, siendo que la respuesta arbitral dada no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no procede declarar su nulidad al amparo del motivo esgrimido por la parte demandante, esto es, el orden público».

[Vid.. Belén Alandete Sánchez, «El criterio razonado y lógico del árbitro, un bien a proteger. La motivación del laudo como causa de anulación por ser contrario el orden público», *supra*]

LA CUESTIÓN DE ANULACIÓN PLANTEADA ES UNA CUESTIÓN MERAMENTE DE ALCANCE Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE SÓLO AL ÁRBITRO CORRESPONDE VALORAR (STSJ ARAGÓN CP 1ª 24 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 24 de marzo de 2021 (ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch) declara que o ha lugar a la anulación del laudo dictado el día 15 de julio de 2020 por un árbitro único en arbitraje administrado por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación. Tras un inicio poco afortunado [«el laudo cuya parte dispositiva (llamada «Fallo» por el árbitro, como si se tratara de una sentencia judicial en lugar de un laudo arbitral)»], expresa los siguientes argumentos:

«(...) Considerada a la luz de la anterior doctrina la posible revisión del laudo por este Tribunal, es de observar que la valoración que el árbitro hizo de la prueba pericial a la que niega valor la demandante no presenta tacha de irregularidad que vulnere directa o indirectamente el orden público procesal entendido en la forma antes descrita. Porque, como resulta, en lo que ahora es relevante, de la lectura del laudo, sin necesidad de mayor interpretación que la literal (...), junto con la resolución que lo complementó (...) es indudable que el árbitro tomó su decisión tras

ponderar las distintas pruebas obrantes en las actuaciones, tanto las dos periciales como las documentales. Si a la vista de las diligencias de prueba aceptadas y unidas al expediente pudo tomarse o no otra decisión de fondo y, en tal caso, si esta decisión sería la que desea la demandante, no es cuestión que pueda resolver esta Sala, cuya competencia en caso de impugnación de laudo arbitral debe limitarse, como se expuso, al control externo del arbitraje verificado, y a valorar si han sido respetados los derechos procesales de las partes que alcancen el rango de ser reconocidos como de orden público indeclinable. Y en el ejercicio de tal facultad limitada de control, se observa en el presente caso la evidencia de que el árbitro permitió sin cortapisas que las partes hicieran sus alegaciones fácticas y que, en su acreditación, aportaran ordenadamente las distintas pruebas que consideraron; veló por el hecho de que todas las tuvieran en su poder en momento en que podían contradecirlas o alegar sobre ellas; y, finalmente, las valoró en la medida en que consideró que cada una de ellas merecía credibilidad suficiente, bien por las explicaciones que por sí misma daban, bien por referencia con otras pruebas que las corroboraran o contradijeran. Frente a ello, no es de considerar que los activos propios de una sociedad sólo y exclusivamente podían acreditarse mediante la aportación de determinado documento, puesto que, como evidencian las explicaciones del laudo y su complemento, había otras formas de conocer cuál pudo ser el contenido de aquel documento no unido al expediente y, sobre todo, cuál era el activo real de la sociedad. No es tampoco admisible en contra de la conclusión de ser correcto el laudo que el documento en cuestión pudiera haber sido aportado por una u otra parte, ni cuál debía hacerlo, puesto que no se dio la situación de que alguna de las partes pretendiera su aportación y el árbitro lo denegara. Ni tampoco se suscitó cuestión de sobre quien recaía la carga de aportar la prueba, en el hipotético caso de haberse reputado necesaria. En todo caso, por demás, tales cuestiones son materias que debía resolver el árbitro, sin que su decisión en uno u otro modo afecte al orden público que se pretende vulnerado. Por último, tampoco son de admitir las alegaciones referidas a falta de credibilidad subjetiva de determinado perito o de posible connivencia de él con una de las partes, porque ningún atisbo existe de que tal situación se diera. En definitiva, la cuestión planteada, como la propia parte actora cuestiona en su demanda, tal y como antes ya se mencionó, es una cuestión meramente de alcance y valoración de la prueba obrante en el expediente y de determinación de a quién correspondía la carga de proporcionar determinadas pruebas, en caso de que su aportación hubiera sido totalmente imprescindible, cuestiones todas ellas sobre acreditación de los hechos alegados en el expediente arbitral que sólo al árbitro corresponde valorar».

EL TSJ DE CATALUÑA DESESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA UN LAUDO ARBITRAL BASADA EN LA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR CARENCIAS DIVERSAS EN LA MOTIVACIÓN (STSJ CATALUÑA CP 1ª 24 MARZO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina constitucional — Laudo arbitral — Motivación arbitraria, ilógica, absurda o irracional — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera,

de 24 de marzo de 2021 (ponente: Jordi Seguí Puntas) desestima una demanda de nulidad del laudo arbitral de fecha 8 de mayo de 2020, aclarado por resolución del siguiente 17 de julio, dictado por el Tribunal del Consolat del Mar de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona con, entre otras, las siguientes consideraciones legales:

«(...) La última doctrina constitucional propugna una interpretación restrictiva del concepto de orden público como causa de anulación del laudo, a fin de evitar que esa noción sea tomada como un «cajón de sastre» que permita el control de la decisión arbitral. Razona, en efecto, la STC 17/2021 que el 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...» (...). En conclusión, «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)», fundando esta última apostilla en la validez constitucional del arbitraje, entendido como voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones judiciales que no vulnera el art. 24 CE. 4. La demandante apoya en primer lugar (submotivo primero) la arbitrariedad del laudo en la falta de correspondencia entre sus fundamentos de derecho y la parte dispositiva. A juicio de A. carece de sentido que se haga invocación de la doctrina del administrador de hecho y del levantamiento del velo para acabar estableciendo la condena de pago no en la cabeza de la persona física que encarnase esa administración de hecho (sea Ezequiel o su padre) sino en la de un ignoto «órgano competente de la UTE» (...). 6. La controversia sujeta al arbitraje deriva de ciertas diferencias surgidas en el desenvolvimiento de la UTE, principalmente en materia de pagos entre los socios de facturas y pedidos. El laudo subraya que en la persona de Ezequiel concurre una triple condición «en el seno de la UTE»: es legal representante de A., miembro del Comité de Gerencia y Director de Administración. Asimismo, declara acreditado que su padre Martín es el administrador de hecho de A. al ser quien «da las instrucciones». También constata que la paralización funcional de facto de la UTE revela una inobservancia reiterada y recíproca de los deberes de lealtad y de buena fe en el ejercicio de los cargos sociales (art. 227 LSC), «faltando a lo normado en los estatutos de la UTE», ya que cada socio antepone sus intereses particulares a los generales de la UTE. La paralización es atribuida tanto a la conducta de Ezequiel (en el Comité de Gerencia se niega a aprobar el plan de pagos confeccionado por él mismo en su condición de Director de Administración) como a la actuación coordinada de K. y C. (las propuestas de pago de facturas presentadas ante el Comité de Gerencia por el Director de Administración en diciembre de 2018 y febrero de 2019, que comprendían las facturas objeto de reclamación en el arbitraje, no contaron con el voto favorable de esas sociedades). Fijados esos presupuestos fácticos y tras precisar que la única demandada carece de legitimación para soportar las pretensiones de las instantes que conciernen a un tercero no presente en el arbitraje (son las pretensiones 1.3, 1.4. y 1.5 que se refieren a la valoración de la actuación del Director de Administración de la UTE), el laudo interpreta que con las pretensiones 1.1 y 1.2 «se trata de obtener que A. preste su conformidad al pago de todas las facturas recibidas», entrando a continuación a resolver esas pretensiones en atención a las reglas generales de pagos que rigen la UTE. El laudo tiene buen cuidado de precisar que, por consecuencia del principio de equivalencia de las prestaciones, las facturas que cada uno de los socios tiene derecho a cobrar deberán abonarse simultáneamente a todos los socios. De otro lado, lo que es de máxima relevancia en lo que aquí

interesa, subraya que, siendo imprescindible que los pagos sean aprobados por unanimidad en el Comité de Gerencia y comoquiera que todas las facturas reclamadas en el procedimiento arbitral ya fueron examinadas en diversas reuniones de ese comité sin que ninguna de las partes aportase argumentos válidos desde la óptica de la mínima lealtad exigible entre los socios justificativos del voto contrario a su aprobación, ha de entenderse «tácitamente otorgado el consentimiento por todos los socios» a los pagos que se reputan exigibles. 7. Ello sentado, nada más coherente con la naturaleza de la controversia sometida al juicio arbitral entre partes legítimas (diferencias en el régimen de pagos entre los socios de la UTE) y a la formulación de las pretensiones de pago de las instantes (las pretensiones 1.1 y 1.2, únicas a las que se contrae el juicio de fondo arbitral, persiguen la realización en el seno de la UTE de pagos concretos a favor de los dos socios instantes), que la determinación de que la innegable «condena al pago» que contiene la parte dispositiva del laudo ha de hacerse efectiva por el «órgano competente de la UTE» siguiendo las reglas de actuación interna de la propia UTE, lo que se traduce en que «autoriza [los pagos] el Comité de Gerencia, el Director de Administración da la orden de pago y el Gerente la ejecuta», tal como precisara la resolución arbitral de agosto de 2020. Dado que el propio laudo declara expresamente cumplida —vía consentimiento tácito— la aprobación unánime a cargo del Comité de Gerencia, la ejecución de la condena se contrae únicamente a la correspondiente orden de pago a cargo del Director de Administración y la ulterior realización efectiva (transferencia bancaria) a cargo del Gerente. Queda así justificada la razonabilidad de la mención al «órgano competente de la UTE» contenida en la parte dispositiva del laudo, lo que excluye toda asomo de arbitrariedad en la determinación de la condena al pago y de la subsiguiente metodología de cumplimiento. 8. El submotivo segundo tilda de incoherente el laudo por el hecho de reconocer la legitimación pasiva de A., única demandada en el procedimiento arbitral, sin establecer sin embargo frente a ella condena alguna. La demanda de nulidad razona al efecto que esa afirmada legitimación pasiva de A. debió ir acompañada de una condena a la misma en los términos propuestos por los instantes del arbitraje, esto es, a prestar su conformidad al pago de las facturas reclamadas. Sin embargo, incomprensiblemente la condena se hace recaer en el «órgano competente de la UTE». En definitiva, sostiene A., «la fundamentación del laudo es incoherente en tanto que declara que la pretensión de demanda es una y, sin embargo, condena a realizar otra absolutamente distinta que, además, recae en persona ajena a la que fue demandada». 9. Tampoco desde esta perspectiva es apreciable arbitrariedad o incoherencia en el laudo. En efecto, la argumentación del laudo pone de relieve que el conflicto hunde sus raíces en la reiterada conducta de los socios de la UTE T. haciendo prevalecer sus intereses particulares sobre los generales de la UTE, lo que, unido a la que califica de «desafortunada» previsión estatutaria al exigir unanimidad en los acuerdos del Comité de Gerencia, ha desembocado en una paralización de facto de la UTE, ejemplificada en la falta de aprobación en ese órgano de los pagos a los socios de las facturas, contabilizadas o no. Ello explica que las pretensiones 1.1 y 1.2 de los instantes (reclamación del pago de un buen número de facturas y de pedidos no emitidos) se formularan en forma de petición de condena a A. para que ordenase al Director de Administración de la UTE esos pagos, y que el laudo interpretase, una vez acreditada la triple posición ocupada por Ezequiel en la UTE (legal representante de A., miembro del Comité de Gerencia y Director de Administración), que el núcleo de esa reclamación dineraria estriba en que A. «preste su conformidad al pago de las facturas», razón suficiente justificativa de su legitimación pasiva en el procedimiento arbitral dada su condición de socia de la

UTE junto con las sociedades instantes. No podemos compartir por ello que el laudo, pese a establecer la legitimación pasiva de A. en tanto que socia de la UTE T., haya omitido toda condena frente a la única parte demandada, puesto que la resolución arbitral acoge el núcleo de la pretensión actora al establecer que A. ha consentido tácitamente el pago de las facturas reclamadas, salvando así el escollo que impedía la satisfacción del crédito de las sociedades instantes».

«(...) Vulneración del orden público (II). Motivación arbitraria. 1. El segundo motivo de nulidad se formula también al amparo del art. 41.1º.f) LA y denuncia arbitrariedad en la motivación de la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por A.. La demandante de nulidad arguye que la arbitrariedad del razonamiento —determinante de una mera apariencia de motivación— radica en el hecho de que los árbitros a fin de evitar la desestimación de la reclamación de los instantes que había de conllevar la falta de condena a la única demandada, optan por condenar a un tercero, de tal forma que «a efectos materiales» A. es absuelta. 2. Partiendo de las consideraciones normativas y jurisprudenciales vertidas en el fundamento precedente tampoco este motivo puede ser acogido. Debe hacerse notar con carácter previo que la sentencia de este tribunal 50/2014, de 14 de julio, parcialmente transcrita en la demanda inicial, no abona en absoluto este motivo de nulidad, ya que la misma se limita a recordar —en su fundamento jurídico noveno que es el invocado en la demanda— que la legitimación procesal sancionada en el art. 10 LEC descansa en la relación jurídica meramente «deducida en juicio», con independencia de que exista o no en la realidad, por lo que es perfectamente compatible con un pronunciamiento de fondo absolutorio de quien preliminarmente ha sido reputado parte procesal legítima. Entrando en el fondo del motivo de nulidad significaremos que, como ya ha quedado expuesto, el laudo niega ciertamente legitimación pasiva a A. respecto de las pretensiones (1.3, 1.4 y 1.5) que considera ajenas al procedimiento arbitral por afectar a un tercero que no es socio de la UTE (la persona física Ezequiel), pero también afirma con rotundidad la legitimación pasiva de la instada respecto de las pretensiones 1.1 y 1.2 ya que su objeto principal le concierne directamente. Así, el laudo concluye que «debe decaer la invocación formal de falta de legitimación pasiva en la instada, pues A. es uno de los socios de la UTE y se trata de una controversia en cuanto al funcionamiento de esta última». De otro lado, no podemos compartir que A. ha sido absuelta «a efectos materiales». Todo lo contrario. La declaración arbitral de que se entiende «tácitamente otorgado el consentimiento de todos los socios» a la satisfacción de los créditos reclamados por los instantes, implica una verdadera condena de la única instada y legitimada pasiva, no en vano el laudo le atribuye con carácter forzoso un consentimiento a cuya prestación se resistía con tenacidad incluso en el propio procedimiento arbitral y que era imprescindible para la estimación de la pretensión dineraria actora. Debe reiterarse, por último, que el laudo enfatiza que «para poder efectuar cualquier pago es imprescindible el acuerdo unánime de los tres socios de la UTE» y constata que en las reuniones del Comité de Gerencia habidas hasta entonces ninguno de los socios expuso claramente los motivos de oposición a la propuesta de pagos con argumentos fundados en las exigencias de la buena fe y de la lealtad entre socios, lo que hizo inevitable la resolución heterónoma de la controversia conforme al pacto arbitral contenido en los estatutos».

[Vid.. Frederic Munné Catarina, «La necesaria coherencia intrínseca del laudo arbitral», *supra*]

DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR NO EXISTIR SOMETIMIENTO AL CONSEJO SUPERIOR DE COOPERATIVAS DE EUSKADI PUES QUIEN RECLAMA ES UN EX SOCIO (AAP VITORIA 1ª 31 MARZO 2021)

Arbitraje — Arbitraje cooperativo — Declinatoria arbitral — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria, Sección Primera, de 31 de marzo de 2021 (ponente: Silvia Viñez Argueso) revoca un Auto del Juzgado que declaró su a falta de jurisdicción para conocer del asunto por estar sometido el mismo a arbitraje ante el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi y estima que corresponde el conocimiento del asunto al Juzgado de lo Mercantil. Entre otras cosas la Audiencia afirma que:

«(...) Recurre en apelación la demandante solicitando la revocación del Auto y se declare que el asunto está sometido a la jurisdicción civil, no a arbitraje ante el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. Razona el Auto que las pretensiones de la demandante «traen causa de la actividad de la cooperativa en relación a su padre precisamente por su condición de socio en aquellos momentos y a quien sucede su hija». Frente a lo anterior alega la demandante que la condición de socio no se hereda, de modo que el convenio arbitral estatutario no vincula a los causahabientes de socio fallecido que no son socios. En efecto, el citado art. 50 de los Estatutos se refiere a las cuestiones litigiosas que se susciten entre la cooperativa y «sus socios», en igual sentido que la Ley n.º 11/2019 de Cooperativas de Euskadi, cuando en su art. 165.2º.f) establece que corresponde al Consejo Superior intervenir por vía de arbitraje en las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas y «sus personas socias» cuando ambas partes lo soliciten o estén obligadas a ello a tenor de sus estatutos (y en el mismo sentido, los arts. 3.Uno y 16.Uno.a) del Reglamento del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos en las Cooperativas Vascas). Y el art. 65.2º de la citada Ley, establece que las aportaciones podrán transmitirse por sucesión mortis causa «las causahabientes, si fueran personas socias y así lo soliciten, o, si no lo fueran, previa admisión como tales realizada de conformidad con lo dispuesto en el art. 20, que habrá de solicitarse en el plazo de tres meses desde el fallecimiento. En otro caso, tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social en los términos previstos en el artículo siguiente» (el art. 20 regula la admisión de las personas socias, y el art. 66, el reembolso de las aportaciones). En parecidos términos, el art. 41.Tres de los Estatutos prevé la transmisión automática si la causahabiente fuera socia y así lo solicitase, y, si no fuera socia y solicita la admisión como socia en el plazo de tres meses desde el fallecimiento, se le podrá transmitir la aportación del causante en el supuesto de que se la admitiera como socia, y, si no, se le liquidará el crédito correspondiente a la aportación social del finado. La Cooperativa está de acuerdo con que la condición de socio no se hereda; pero hace hincapié en su argumento de que lo que se hereda es el conjunto de derechos y obligaciones derivado de la condición de socio, no sólo los derechos, también las obligaciones, como lo es, explica la Cooperativa, la obligación del pago de las cartillas de vino y uva, cuyo descuento admite la demandante en el cálculo del saldo que resulta a favor del socio fallecido. Sin embargo, una obligación del socio

fallecido, consistente en una obligación que, como tal, forma parte de lo que es propiamente la liquidación del crédito del socio fallecido, no resulta equiparable con la obligación de sometimiento a arbitraje a la que el socio fallecido quedó vinculado por su admisión como socio; no hay identidad de causa. La demandante no hereda la condición de socio de su padre, pese a lo cual, ella pudo haber solicitado su admisión como socia, tal y como expresamente contemplan la Ley y los Estatutos, precisamente al regular la transmisión mortis causa de las aportaciones; la demandante pudo haber solicitado su admisión como socia, y haber quedado así obligada como tal socia a someterse a arbitraje. Porque si la demandante hubiera solicitado su admisión y hubiera sido admitida como socia, habría quedado obligada al arbitraje en las cuestiones litigiosas que tuviera con la Cooperativa en lo que respecta a las aportaciones de su padre, toda vez que con su admisión como socia se hubiera operado la transmisión de las aportaciones (si también hubiera solicitado la transmisión). La cuestión es que la demandante no solicitó su admisión como socia, siendo por tanto una persona no socia ajena a la Cooperativa causahabiente de un socio fallecido; y, para este caso, lo que la Ley prevé claramente y los Estatutos recogen, es que la causahabiente que no solicita su admisión como socia (incluso la que lo solicita y no es admitida) tiene un derecho propio («tendrán derecho») a que la Cooperativa le abone lo que resulte de la liquidación del crédito que la Cooperativa debía al causante socio fallecido. Por otro lado, al hilo de la interpretación extensiva que defiende la Cooperativa se ha realizado en otras ocasiones de la cláusula de sometimiento a arbitraje, es de puntualizar que el presente supuesto es sustancialmente distinto del supuesto en el que quien reclama es un ex socio. Y por lo que hace a la aplicación analógica que alega la Cooperativa respecto del art. 10 LA («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»), a fin de sostener el deber de respetar la voluntad del difunto socio, entendemos que no cabe en supuestos como el presente, en el que, aparte que consta que el socio fallecido no otorgó testamento, sucede que su voluntad de someterse a arbitraje en realidad no fue más que una suerte de voluntad de adhesión, la voluntad que se supone implícita en la solicitud de admisión como persona socia, admisión a la que estatutariamente viene vinculado el sometimiento a arbitraje. La demandante no fundamenta su reclamación en una (aquí inexistente) transmisión mortis causa de las aportaciones del socio fallecido, sino en la adquisición de su derecho propio frente a la Cooperativa a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social del socio fallecido. De todo lo cual resulta que debió rechazarse la declinatoria por falta de jurisdicción».

SE CONFIRMA LA FALTA DE JURISDICCIÓN, PERO NO SE TRATA DE UN SUPUESTO DE SOMETIMIENTO DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A MEDIACIÓN SINO A ARBITRAJE (AAP OVIEDO 1ª 5 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje societario — Declinatoria arbitral jurisprudencia — Diferencias entre mediación y arbitraje — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Primera, de 5 de abril de 2021 (ponente: Javier

Antón Guijarro) admite una declinatoria arbitral con la siguiente argumentación:

«(...) Vistos los términos en que se plantea el debate en esta alzada, y visto asimismo los términos en que se expresa la resolución recurrida, es preciso realizar con carácter previo alguna delimitación acerca de las figuras cuya aplicación se solicita. Nuestro ordenamiento jurídico recoge, entre otros, dos sistemas para la solución alternativa de conflictos como son la mediación y el arbitraje, viniendo marcada la diferencia entre uno y otro por el carácter de mecanismo de autocomposición que tiene el primero frente al de heterocomposición del segundo. En efecto la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, señala en su Exposición de Motivos (apartado II) que «La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible». La mediación surge por tanto como un instrumento de autocomposición de conflictos, esto es la labor del mediador se lleva a cabo sin que las partes le otorguen potestad de decisión de la controversia, pues su tarea se reduce a «encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes» (Exposición de Motivos ap. III), de manera que el cometido que legalmente tiene encomendada la figura del mediador es tan solo la de procurar que las partes alcancen por sí mismas, de manera libre y voluntaria un «acuerdo de mediación» (art. 23). Frente a ello el arbitraje constituye el paradigma de mecanismo extrajudicial de solución de conflictos de carácter heterocompositivo, pues su labor sí viene legalmente encaminada a la obtención de un pronunciamiento que resuelva el conflicto mediante un laudo en aquellos casos en que las partes, mediante el convenio arbitral, se hayan comprometido a someterse a su decisión, excluyendo de este modo la intervención de los Tribunales (...) El acuerdo parasocial suscrito por las partes el 28 febrero 2019 tiene el siguiente contenido:

«Situación de Bloque Societario. Cuando, pese a los esfuerzos de las partes, no resulte posible alcanzar un acuerdo entre las socias creando una situación de bloqueo en la actividad, el procedimiento seguido para dar solución al conflicto será el siguiente: 1) Período inicial de resolución directa. En caso de desavenencia, las socias dispondrán de un plazo máximo de tres días hábiles para alcanzar un acuerdo. 2) Período de resolución indirecta. De no alcanzarse acuerdo entre las partes de forma directa dentro del meritado período de 3 días hábiles, cada socia designará a un asesor. Estos asesores iniciarán negociaciones con el objetivo de alcanzar una solución al conflicto de mutuo acuerdo. El plazo para alcanzar el consenso en esta fase será de cinco días hábiles. 3) Período de resolución mediante tercero inter-partes. Fracasados los intentos de alcanzar un acuerdo por mecanismos directos e indirectos, procederá la resolución por un tercero imparcial que actuará como amigable componedor. Cualquiera de las partes podrá dirigir escrito al Registro de Expertos en Economía Forenses, «REFOR», solicitando que se proceda al nombramiento de experto independiente para que resuelva sobre la controversia. Se podrán instar nuevos nombramientos cuando en el experto designado concurran una o varias de las tachas contempladas en el art. 343 LEC. La formulación de tachas realizada con temeridad o deslealtad procesal, conllevará la sanción contemplada en la cláusula sexta. Las partes se comprometen a acatar la resolución dictada por el tercero designado».

Por su parte la LEC dispone en su art. 39 que «El demandado podrá denunciar mediante

declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia». Ninguna duda ofrece primeramente que nos encontramos ante una sumisión de las partes no a mediación sino a arbitraje, como se desprende de la voluntad expresada en primer lugar de diferir a un tercero —experto independiente designado por el REFOR— para que «resuelva la controversia», y en segundo lugar por la voluntad igualmente expresada de que «las partes se comprometen a acatar la resolución dictada por el tercero designado». Por otra parte el hecho de que la sumisión a arbitraje no se encuentre incluida en los estatutos sociales, y sí en cambio en los pactos parasociales, no resta validez a su eficacia, y ello a pesar de no estar comprendida tal previsión dentro del ámbito del art. 11 bis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Primeramente nos encontramos ante unos pactos parasociales omnilaterales, firmados por ambas litigantes en cuanto que socias únicas, debiendo aquí recordar la jurisprudencia que mitiga el carácter inoponible de tales pactos frente a la sociedad (vid.. STS 25 febrero 2016). Además de lo anterior cabe añadir que lo que el art. 11 bis dispone es que el pacto de sumisión a arbitraje contenido en los estatutos sociales vinculará a la sociedad y a los socios, pero de ello en ningún caso cabe extraer que no sea posible establecer dicha sumisión en unos pactos de carácter extraestatutario (en el mismo sentido vid.. AAP Barcelona, Secc. 15ª de 10 y 13 enero 2020)».

«(...) Llegados a este punto debe ser confirmada la resolución del Juez que estima su falta de jurisdicción (que no de su competencia), si bien con algunas precisiones añadidas. No se trata de un supuesto de sometimiento de la cuestión litigiosa a mediación —como se menciona en la parte dispositiva— sino a arbitraje. Por otra parte las consecuencias que se derivan de acoger la presente declinatoria por falta de jurisdicción no pueden ser las que pretende la apelante en su recurso. Se extiende el escrito de recurso en varias consideraciones acerca de que el pacto parasocial que nos ocupa está en consonancia con el art. 25 de los Estatutos Sociales —que no requiere que el cargo de administrador sea ejercido por un socio— de manera que lo que se pretende es el nombramiento de un administrador único independiente con cargo retribuido que deberá resolver el bloqueo existente actualmente en el órgano de administración, sin que resulte por tanto justificada la disolución de la sociedad. Frente a ello tenemos que recordar que el árbitro que resulte designado no tendrá por misión asumir una labor de gestión societaria sino de resolver la controversia, sometiéndose las partes a su decisión, tal y como han convenido en el pacto examinado, y como dispone además la Ley de Arbitraje, debiendo aceptar la parte que propone la declinatoria de jurisdicción las consecuencias que se derivan de su pretensión».

[Vid.. Carmen Barrón López, «Verificación de la declinatoria de un pacto parasocial acordando la sumisión a arbitraje en lugar de mediación», *supra*]

DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL PUES LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL QUEDA LIMITADA A LAS CONTROVERSIAS QUE DERIVEN DE ESE ACUERDO (AAP BADAJOZ 3ª 6 ABRIL 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Principio *kompetenz*—

El Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Tercera, de 6 de abril de 2021 (ponente: María Dolores Fernandez Gallardo) desestima una declinatoria arbitral razonando del siguiente modo:

«(...) Los demandados–recurrentes reiteran la falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia que planteó en la instancia al amparo del art. 63 LEC la correspondiente declinatoria, declinatoria que fue desestimada en la instancia (...). Argumentan los recurrentes este motivo afirmando que todas y cada una de las operaciones incluidas en las escrituras de compraventa que han sido anuladas en la instancia obedecen o responden al cumplimiento de lo estipulado en el Acuerdo Familiar suscrito por la actora y los demandados, su padre y sus hermanas, o bien a la consiguiente adaptación del mismo tras los incumplimientos de la actora, acuerdo que, en su estipulación 22.1, disponía «Todos los conflictos que puedan surgir entre los firmantes del presente Acuerdo en relación con la interpretación, cumplimiento o ejecución de cualquiera de los compromisos asumidos por el presente documento, serán resueltos mediante arbitraje de Equidad». Y responden así a las razones apuntadas por la juzgadora de instancia para rechazar la falta de jurisdicción invocada por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje: 1ª. El acuerdo no estaba suscrito por todos los intervinientes. La única firma que no consta es la de D.ª Modesta, ya fallecida, madre de las hermanas Manuela María Natividad Lucía y esposa de don Alejandro, ausencia de firma que tiene su razón en el hecho de que D.ª Manuela no formaba parte de ninguna de las empresas y sociedades familiares a las que se refería dicho acuerdo, su actuación en el mismo no era ni preceptiva ni necesaria, y su mención fue con la única intención de dejar constancia de su pertenencia a la familia y de su interés en la buena marcha de los negocios y empresas familiares, es decir, meramente testimonial, y de hecho, el acuerdo habla de firmantes, no de comparecientes, y así, la actora, en las Diligencias Previas n.º 35/2015 seguidas ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Almendralejo reconoció la existencia de dicho acuerdo, como también lo hace en la demanda, sin que nada objetara por la ausencia de esa firma. 2ª. El acuerdo no se encontraba vigente a la fecha de interposición de la demanda pues en el mismo se establecía una duración y vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016. Ello no obsta al sometimiento a arbitraje para resolver cualquier controversia que pudiera surgir en la ejecución y desarrollo de dicho acuerdo, máxime cuando las compraventas declaradas nulas se llevaron a cabo en marzo y octubre de 2014, es decir, estando vigente dicho acuerdo; amen de ello, no corresponde al juzgador de instancia valorar si el convenio arbitral es o no válido, ello compete exclusivamente al árbitro correspondiente. 3ª. La acción ejercitada en la demanda no guarda relación alguna con el contenido del acuerdo, la falta de consentimiento invocada por la actora para exigir la declaración de nulidad de las escrituras de compraventa impugnadas es ajena al contenido de dicho acuerdo. Poca o ninguna relevancia tiene que la acción ejercitada sea la de nulidad por supuesta falta o ausencia de consentimiento cuando los actos objeto de impugnación fueron ejecutados en cumplimiento del acuerdo familiar, lo verdaderamente relevante y objetivamente cierto es que las operaciones que se ejecutaron con las escrituras impugnadas estaban todas ellas contempladas en el acuerdo suscrito y firmado por la actora, su padre y sus hermanas, y por ello, cualquier controversia que pueda surgir en la aplicación, cumplimiento o ejecución de los compromisos

asumidos con la firma del acuerdo deberían ser resueltos mediante arbitraje; asimismo, invoca el principio de separabilidad o de autonomía funcional del convenio arbitral recogido en el art. 22.1º LA. Pues bien, dando respuesta a las cuestiones planteadas, en primer lugar, hemos de indicar que si bien la juzgadora de instancia, en su auto de fecha 6 de septiembre de 2019, refiere que dicho acuerdo no está firmado por todos los reunidos, pues eran seis y aparecen solo cinco firmas, y que estableciéndose como fecha de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016, no constando su prórroga, carecería de vigencia en el momento de interposición de la presente demanda, mayo de 2019, de manera principal, señala, para rechazar la declinatoria formulada, que «... lo que se discute en el presente procedimiento ordinario es la falta de consentimiento de la actora a la hora de suscribir distintos contratos de compraventa al haberse hecho uso de dos poderes sin el consentimiento de aquélla, poderes a los que no se refiere el citado acuerdo por lo que en nada afecta la existencia de tal contrato...». Por lo tanto, vamos a centrarnos en esa argumentación principal, no sin dejar de pronunciarnos sobre los otros dos extremos apuntados en dicha resolución: Es cierto, que en ese «Acuerdo Familia Manuela María Natividad Lucía» de fecha 10 de abril de 2012, —obrante en el acontecimiento 86 del visor en la Pieza Separada de Medidas Cautelares— aparecen «Reunidos» no solo la actora y los cuatro demandados, sino también D.^a Modesta, esposa del demandado don Alejandro y madre de la actora y de las otras tres demandadas, ya fallecida, no siendo objeto de controversia que la firma que falta es la de la misma. Pues bien, ello en nada afecta a la resolución que nos ocupa, entendemos que no tenemos que pronunciarnos en este procedimiento sobre la validez o no de dicho acuerdo, y con ello, de la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en el mismo, por la ausencia de dicha firma. Eso sí, queremos dejar constancia de las contradicciones de los demandados—recurrentes respecto a la ausencia de la firma de D.^a Manuela en dicho acuerdo, ya hemos consignado la recogida en el escrito de recurso de apelación, la mención de D.^a Manuela en ese acuerdo era meramente testimonial; sin embargo, como hemos comprobado de visionado de la grabación del acto del juicio, en el trámite de conclusiones, el Letrado de los demandados afirmó que ese acuerdo estaba también firmado por la propia madre de la actora en base a los poderes que había otorgado a su marido; por cierto, en dicho acuerdo se decía que «intervienen todos en su propio nombre y derecho». Sí discrepamos de la juzgadora de instancia respecto a su afirmación de que el hecho de que el acuerdo no esté vigente a la fecha de presentación de la demanda hace que el mismo no pueda ser invocado, cuando se invoca respecto de actuaciones que se llevaron a cabo durante su vigencia, el otorgamiento realizado en el año 2014 de las escrituras públicas cuya nulidad se solicita. Dicho lo anterior, centrémonos en la cuestión principal, y así, comencemos recordando que el arbitraje es un sistema de heterocomposición de conflictos, conlleva la exclusión de la vía judicial, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, es decir, la autonomía de la voluntad de todas las partes constituye la esencia y el fundamento de esta institución, y por ello, la renuncia al ejercicio de las acciones ante los Tribunales mediante una sumisión al arbitraje ha de ser explícita, clara, terminante e inequívoca. El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual; se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación, para poder ser aplicado, con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código Civil que se refieren a los contratos.

Efectivamente, consta en autos ese acuerdo familiar firmado por la actora y los demandados, en cuya estipulación 22.1 se dice «Todos los conflictos que puedan surgir entre los firmantes del presente Acuerdo en relación con la interpretación, cumplimiento o ejecución de cualquiera de los compromisos asumidos por el presente documento, serán resueltos mediante arbitraje de Equidad». Recordemos que la LA/2003, dispone en su art. 9.1º «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». y en su art. 11.1º «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...». En primer lugar, hemos de preguntarnos por la amplitud del conocimiento del Juez para enjuiciar la validez e interpretación del convenio arbitral al decidir sobre la declinatoria, y al respecto existen dos tesis, una, apunta que la actuación del órgano judicial debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia, sería la llamada « tesis fuerte» del principio kompetenz–kompetenz , que es la que sostienen los recurrentes, y otra, indica que el órgano judicial ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, sería la llamada «tesis débil». Pues bien, el Tribunal Supremo acoge esta segunda tesis, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones (...). Pues bien, la interpretación del convenio arbitral contenido en la Estipulación 22.1º del Acuerdo Familiar antes transcrita queda limitada a las controversias que deriven de ese acuerdo, no afecta a otras cuestiones ajenas a ese ámbito como es la declaración de nulidad, por falta de consentimiento de la actora, de los contratos de venta de sus participaciones sociales en distintas sociedades familiares y de bienes inmuebles de su propiedad, que tienen una sustantividad negocial propia y diferenciada de dicho acuerdo.

PROCEDE EL DESPACHO DE EJECUCIÓN PUES EL LAUDO FUE NOTIFICADO CORRECTAMENTE (AAP MURCIA 1ª 12 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera de 12 de abril de 2021 (ponente: Miguel Ángel Larrosa Amante) estima el recurso de apelación interpuesto contra un auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Murcia, en los autos de Ejecución de Laudo Arbitral n.º 213/20, revoca íntegramente la citada resolución y acuerda que por el Juzgado de Primera Instancia se proceda a dictar la orden general de ejecución en los términos legalmente previstos, continuando la tramitación ordinaria de esta ejecución. Según la Audiencia:

«(...) 3.- El art. 550.1º LEC establece los documentos que han de acompañarse con la demanda ejecutiva y entre ellos se incluye el título ejecutivo que sirva de base para la misma, en este caso el

laudo arbitral (documento n.º 5 de la demanda), que es uno de los títulos ejecutivos previstos en nuestra ley procesal (art. 517.2º LEC). 4.- Como documentación adicional para la ejecución de laudos arbitrales, el art. 550.1.2º LEC señala que, además del título, deberá de acompañarse «...el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquel a las partes». El auto apelado señala que no es precisa la aportación del convenio en materia de transporte, lo cual es acertado dado que conforme se establece en el art. 38.1º de la Ley 16/1987, de Ordenación del Transporte Terrestre, se presume en materia de transportes el sometimiento a las Juntas Arbitrales de Transporte en aquellas reclamaciones inferiores a 15.000 € salvo que una de las partes contratantes hubiese manifestado de forma expresa su voluntad en contra antes del inicio del servicio. No obstante, rechaza admitir la demanda ejecutiva al entender que no se ha cumplido la segunda exigencia, esto es, no se aportan los documentos que acreditan la notificación a las partes. 5.- A la vista de los documentos aportados por la parte ejecutante este tribunal no comparte la citada conclusión, lo que anticipa que el recurso será estimado. 6.- En efecto, es cierto que no se aporta documento alguno en el que conste dicha notificación, pero sí consta aportado el documento n.º 6 de la demanda, consistente en una certificación emitida por la secretaria de la Junta Arbitral de Transporte de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el que por dicha secretaria se hace constar que citado laudo fue notificado correctamente a Mosca Marítima con fecha 19 de junio de 2020 y a Diou de Amigos SL el 29 de junio de 2020, notificación que se llevó a cabo a través de la dirección electrónica habilitada y de acuerdo con lo previsto en el art. 43.2º de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En consecuencia, sí consta la notificación a las partes el laudo dictado, por lo que se cumple el requisito exigido por el art. 550.1.3º LEC y procede admitir a trámite la demanda ejecutiva».

EL LAUDO ES EJECUTABLE AUN CUANDO CONTRA ÉL SE HAYA EJERCITADO ACCIÓN DE ANULACIÓN, SI BIEN EL EJECUTADO PODRÁ SOLICITAR AL TRIBUNAL COMPETENTE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN (AAP MADRID 10ª 15 ABRIL 2021)

Arbitraje — Laudo arbitral: efectos de cosa juzgada — Ejecución — Suspensión de la ejecución.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 15 de abril de 2021 (ponente: Maria Isabel Fernández del Prado) declara que laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, siendo ejecutable aun cuando se haya solicitado su nulidad, pudiendo la parte ejecutada interesar la suspensión de la ejecución y prestar caución, sin que lo haya realizado. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) El art 556.1º LEC establece que «Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente. También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público». La oposición de la ejecutada no se basa en ninguno

de los motivos indicados en el referido precepto; por tanto, no cabe formular oposición por la razón esgrimida por la ejecutada».

«(...) La LA en su art. 43 establece que «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». El art. 45.1º del mismo texto legal dispone que «El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del ap. 3 del art. 529 LEC. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución». En este caso, la parte ejecutada alega que se ha iniciado procedimiento en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interesando la nulidad del laudo arbitral, por ello interesa que se aprecie la prejudicialidad civil. Si bien, de acuerdo con los preceptos citados, no podemos obviar que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, siendo ejecutable aun cuando se haya solicitado su nulidad; pudiendo la parte ejecutada interesar la suspensión de la ejecución y prestar caución, sin que lo haya realizado. En consecuencia, procede la desestimación del recurso y la consiguiente revocación de la resolución apelada».

AL NO IMPUGNAR LA DEMANDADA EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO ÚNICO REALIZADO, SE PRESUME DE FORMA TÁCITA LA RENUNCIA A LAS FACULTADES DE IMPUGNACIÓN (STSJ CATALUÑA CP 1ª 19 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Laudo arbitral — Motivos de impugnación — Árbitro designado por la Junta Arbitral de Consumo — Ausencia de impugnación — Renuncia a las facultades de impugnación — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de abril de 2021 (ponente: Fernando Lacaba Sánchez) desestima una demanda de anulación de un laudo arbitral dictado por un árbitro designado por la Junta Arbitral de Consumo del Consell Comarcal del Baix Camp (Tarragona). Entre otras cosas, la presente decisión declara que:

«(...) la demandante no solicita la nulidad del laudo porque supuestamente haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a arbitraje, al contrario, lo que está impugnando es que, a su particular criterio, el laudo no ha resuelto peticiones realizadas sobre la pretendida obligación de que E. se haga cargo de las facturas de consumo efectivo y real, por el contrato de suministro que mantiene con N. Con independencia del erróneo planteamiento por no hacer cita de motivo concreto de los contemplados en el mencionado art. 41 LA, el laudo resuelve todas las controversias que le fueron resueltas, y menciona, igualmente, que N. es un tercero en este proceso arbitral, esto es, el Laudo atendió tanto a la factura individual que reclamaba y le fue atendida como a los periodos de suministro cuyo pago exigía a la otra compañía. En definitiva la petición de nueva revisión de la

documental aportada al arbitraje excede de la competencia de este TSJ, tal y como, la reciente doctrina del TC expone con meridiana claridad».

«(...) la demandante al no impugnar el nombramiento de árbitro único realizado por el Presidente de la Junta Arbitral ni en la audiencia ni en momento alguno, procede la desestimación de la causa alegada en relación con el 6 LA, se presume de forma tácita la renuncia a las facultades de impugnación del nombramiento del árbitro, si conociendo las causas no se alegan. Por tanto, si de conformidad con el art. 19.2º del RD 231/2008, podían objetar el nombramiento de árbitro único y no lo realizaron, ha de estimarse una renuncia tácita a esta facultad de impugnación ya que a la demandante se le notificó el árbitro único, el cambio del inicialmente designado y la advertencia expresa de su posible recusación, todo ello al amparo del meritado art. 19.2º, no tratándose de norma imperativa sino con facultades dispositivas reservadas a la oposición de las partes».

EL ÓRGANO JUDICIAL DE CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL NO PUEDE EXAMINAR LA IDONEIDAD, SUFICIENCIA O LA ADECUACIÓN DE LA MOTIVACIÓN, SINO ÚNICAMENTE COMPROBAR SU EXISTENCIA (STSJ MADRID CP 1ª 21 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje CAM — Arbitraje de la CAM — Acción de anulación — Doctrina constitucional — Ausencia de motivación — 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 21 de abril de 2021, n.º 14/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una demanda de anulación frente al Laudo de 11 de diciembre de 2020 dictado por un Tribunal arbitral designado por la Corte de Arbitraje de Madrid, confirmando el laudo impugnado, con las siguientes consideraciones :

«(...) 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 o que este haya motivado de forma ilógica las conclusiones que sienta, bastando al efecto para comprobar que sí existe una verdadera y suficiente motivación, la mera lectura del mismo. El laudo contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el tribunal arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto la parte demandante como la parte demandada–reconviniente—ahora demandante en el presente procedimiento—, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y reconvención y las correlativas oposiciones a las reclamaciones formuladas de contrario. 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. Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada 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. Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público. El Tribunal arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución, lo que no es impugnado por la parte demandante, 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, en definitiva, los aspectos que integrarían el orden público como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal (el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba). A juicio de la Sala, como ya hemos afirmado, no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad. En este sentido el examen del laudo, tal como se ha expuesto en el fundamento anterior, pone de manifiesto como el Tribunal arbitral ha desarrollado un esquema argumental claro, preciso, secuenciado, de manera que ha ido sentando las premisas a partir de las cuáles pasa a desarrollar las siguientes consideraciones, valoración y conclusiones; de manera razonada y razonable, sin que entre la Sala, dado el alcance del procedimiento en el que nos encontramos, a valorar, a su vez, ni la prueba tenida en cuenta por el tribunal arbitral ni el acierto o desacierto jurídico que se establece. Sí hemos comprobado cómo, partiendo de las reglas de la hermenéutica contractual, el Tribunal arbitral califica el negocio jurídico que vincula a las partes y a partir de ahí las obligaciones, de carácter sinalagmático —lo que se conecta con la pretensión de ambas partes de ejercitar la condición resolutoria tácita del art. 1124 Cc que se derivan para cada parte contratante. Sentado lo anterior, también hemos comprobado como el Tribunal arbitral ha desgranado, fáctica —con apoyo en la prueba practicada, que especifica y valora— y jurídicamente, la naturaleza de los incumplimientos que, respectivamente, cada parte imputa a la otra, identificando el alcance de los incumplimientos que efectivamente se acreditan y la naturaleza de su gravedad, para determinar si de ello se deriva la correcta declaración de resolución contractual, que tanto F.C. como P., con alguna diferencia temporal, ejercitaron, declarando, razonadamente, una vez más, que la ejercitada por la primera es ajustada a derecho pero no la de la segunda, determinando asimismo los efectos que se siguen de ello en relación a las pretensiones deducidas en la demanda reconventional de P. Las consideraciones que se hacen en la demanda de anulación, entrando en el examen de los argumentos del laudo impugnado, aun cuando pudieran en algún aspecto poner en evidencia alguna omisión argumental del mismo, no desvirtúan en su conjunto la valoración, aplicación del derecho y respuesta a las pretensiones de las partes, que recordemos, ha supuesto la estimación parcial de las formuladas por ambas partes. La respuesta dada por el Tribunal arbitral, 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, 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 esta Sala, en el ámbito del procedimiento en el que nos encontramos. En definitiva y como señala la STC 15 de marzo de 2021, «... 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 o irracional; cuando se haya 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 sometidas la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes». Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal comprensión de las razones por las que el Tribunal arbitral resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque alguna parte, pueda lógicamente no estar de acuerdo, dando argumentos, además fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos, por lo que resulta procedente su confirmación».

EL TSJ DE MADRID DA NUEVA REDACCIÓN A LA S 1 DE OCTUBRE DE 2019, QUE HABÍA DECLARADO LA NULIDAD DE UN LAUDO ARBITRAL, TRAS ADMITIR LA STC 15 MARZO 2021 UN RECURSO DE AMPARO (STSJ MADRID CP 1ª 21 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje CAM — Acción de anulación — Ausencia de motivación — Orden público — Doctrina constitucional — Nueva redacción a una sentencia que había declarado la nulidad de un laudo arbitral.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal Sección Primera, de 21 abril 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara la improcedencia de una acción de anulación del laudo arbitral dictado en el seno de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid de fecha 4 de diciembre de 2018. *In casu* la entidad mercantil C. de P. ejercitó contra el Banco P. una acción resarcitoria de daños y perjuicios, debido al incumplimiento de los deberes de información y evaluación de idoneidad, así como de lealtad y transparencia en que había incurrido el banco a la hora de colocar un contrato de confirmación de rango bonificado doble euro (swap) a la entidad empresarial. El Laudo reconoce que el banco incurrió en incumplimiento de los deberes que le competían, pero —por mayoría de dos árbitros y uno discrepante— niega indemnización alguna a la empresa. Entendió esta Sala que la motivación de la decisión arbitral incurría en arbitrariedad por su deducción absurda. No era suficiente —consideramos entonces— con afirmar, como hacía el laudo, que el contrato había cumplido su función y de este modo rechazar la reparación de los perjuicios, sino que tal motivación adolecía de incoherencia pues a la postre dejaba sin efecto (a salvo del testimonial) la acción indemnizatoria.

Tras el desarrollo de los trámites legalmente previstos como curso del proceso, esta Sala de lo Civil y Penal dictó Sentencia n.º 36/2019, en fecha 1 de octubre de 2019, que contenía la siguiente Parte Dispositiva: Fallamos: Que debemos estimar y estimamos, la demanda interpuesta por (...), actuando en nombre y representación de la entidad mercantil C. de P. POT S.L., contra B.P.E. S.A. (...), y por lo tanto declaramos haber lugar a la nulidad del laudo arbitral dictado por mayoría por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid en fecha 4 de diciembre

de 2018 en el apartado segundo de su decisión. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en el presente proceso.

Siendo firme la Sentencia por no admitir recurso ordinario en contra, fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, promovido por la entidad mercantil B.S. S.A. (en sustitución del Banco Popular) que dio lugar a la Sentencia de fecha 15 de marzo de 2021, en la que el Tribunal Constitucional otorga el amparo a la demandante, y que se concreta en el siguiente Fallo: En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por la entidad Banco de Santander S.A., y en su virtud: 1º. Declarar vulnerado el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º 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 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.

En la presente decisión el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera 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 (...).»

«(...) No es difícil reconducir, a la vista de estos criterios de enjuiciamiento, la decisión que en su día adoptó esta Sala en el proceso de impugnación del laudo arbitral que dictó el colegio constituido en el seno de la Cámara de comercio. La fundamentación jurídica de nuestra sentencia anterior mantiene plena vigencia en sus consideraciones iniciales. No podemos más que reproducirlas a continuación —al igual que son examinadas literalmente en la decisión del Tribunal Constitucional—. Decíamos entonces (FJ Quinto): 1.- Ha de reconocerse ante todo que el laudo impugnado no se limita a examinar la controversia desde un punto de vista de simple equidad, ni lleva a cabo una valoración del conflicto sobre bases de directa justicia material. Por el contrario, no es que se asemeje, sino que constituye en realidad una auténtica resolución de arbitraje de derecho, y de ello no cabe la menor duda por su estructura, extensión, discurso, referencias jurisprudenciales, perspectiva del razonamiento y contenido. Es tan evidente la naturaleza jurídica del laudo (que se llama de equidad) que no precisa comentario adicional esta premisa. Basta con remitirse a su simple lectura. 2.- Recoge con indiscutible claridad las posiciones de las partes (párrafos 51 a 60): su fundamento y razón de pedir. 3.- Analiza desde el punto de vista (inequívocamente) jurídico, con profusión de cita jurisprudencial la naturaleza del contrato de confirmación rango bonificado doble euro (párrafos 61 a 71). 4.- Examina por qué razón la demandante optó por el ejercicio de una acción concreta distinta a la resolución del contrato prevista en el art. 1124 Cc (77), y por qué huye de la alegación de vicio del consentimiento (78), hallando la explicación en el párrafo 79 de la elección del art. 1.101 del mismo texto legal como

base de la pretensión acumulada declarativa e indemnizatoria. 5.- Se analiza sobre la base de la jurisprudencia y la normativa europea el ámbito de obligaciones de las entidades bancarias en los productos financieros complejos (82 y ss) y llega a la conclusión inequívoca de que el Banco Popular incumplió sus obligaciones (96). 6.- En el capítulo XVII el Laudo analiza la acción de indemnización de daños y perjuicios (párrafos 106 y ss). Desde un punto de vista de equidad, le llama la atención en primer lugar al colegio de árbitros el hecho de que la demandante haya tardado seis años tras la conclusión del contrato en plantear la demanda. Reconoció y contabilizó el contrato y sus liquidaciones en las cuentas anuales, perfectamente documentadas. Y todo ello se analiza desde la óptica de la doctrina del «retraso desleal» en el ejercicio de las pretensiones jurídicas (117) con especial consideración de la doctrina condensada en la STS 872/2011, de 12 de diciembre, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 6.- Minuciosa atención presta también el colegio arbitral a la prueba del perjuicio reclamado como indemnización, desde el punto de vista general de la imputación de la carga de la prueba a quien demanda (127 y ss). Este es el punto esencial que los árbitros (por mayoría) resuelven a la luz de la prueba practicada en el curso del procedimiento, afirmando (párrafo 129) 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. Es evidente cual debe ser nuestra respuesta ante esta construcción, dejando al margen el análisis de las razones sobre las cuales el colegio de árbitros, aunque fuese por mayoría (contra el criterio precisamente del árbitro designado por el Banco), denegó la indemnización que, como consecuencia de lo alegado, se solicitaba por la parte demandante. Aunque éste fuese el motivo principal de fondo del ejercicio de la acción de nulidad, lo cierto es que obtuvo respuesta, y no es menos cierto que la argumentación desarrollada en el laudo forma parte de una motivación que, a todas luces, cumple sobradamente con las exigencias específicamente acotadas por la jurisprudencia constitucional desde criterios abrumadoramente contrarios a cualquier lectura extensiva. 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. 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 de patente 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».

ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL POR CONCULCARSE EL DERECHO DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA DE LA ENTIDAD RECLAMADA (STSJ CASTILLA Y LEÓN CP 1ª 26 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Principios rectores del procedimiento arbitral — Principio de audiencia — Derecho de defensa — Indefensión — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 26 de abril de 2021 (ponente: Carlos Javier Álvarez Fernández) anula un laudo arbitral pronunciado por la Junta Arbitral del Transporte de Segovia por conculcarse el derecho de audiencia y defensa de la entidad reclamada

«(...) Por la Junta Arbitral del Transporte de Segovia, admitida a trámite la reclamación efectuada por J.U.C. & S. S.L. contra R.I. S.L., se convocó a las partes y a los vocales de la Junta a la vista oral de la controversia, para el día 17 de septiembre de 2020, a las 13.15 horas. El día antes, 16 de septiembre, el Abogado que defendía los intereses de la demandada, remitió un email a la Junta Arbitral referida, que la misma recibió, en el que interesaba la suspensión de la vista oral por tener señalado el mismo día otra vista en un Juzgado, solicitud a la que se contesta por la Junta por misma vía comunicando que la vista oral no se iba suspender, puesto que la asistencia de Abogado no es necesaria, y la entidad demandada o reclamada puede nombrar otro representante, o presentar alegaciones ese mismo día para poder ser leídas en el acto de la vista. Al día siguiente, 17 de septiembre, sobre las 10,49 horas, el indicado Abogado de la reclamada remite por email a la Presidenta de la Junta escrito de alegaciones para hacer valer su derecho de audiencia y de defensa, acompañando la documentación en que se sustentaba esta última. Ese mismo día, pero a las 16,26 horas, la indicada Presidenta remite un email a la Defensa de la reclamada, en el que le comunica textualmente «lo siento, pero acabo de llegar a Valladolid y recibir su correo, por lo que sus alegaciones no han podido ser leídas en el acto de la vista oral. En mi correo de ayer le decía claramente que debía mandarme las alegaciones ayer mismo, para poder ser leídas hoy». En el laudo arbitral dictado en la misma fecha se hace constar que no ha comparecido persona alguna al acto de la vista oral, en representación de la parte reclamada, a pesar de obrar en el expediente constancia de su citación en tiempo y forma. En dicho laudo se estima la reclamación planteada y se impone a la reclamada la obligación de pagar a la reclamante la cantidad de 3.000,80 euros más intereses. A la vista de cuanto antecede, resulta evidente que se ha conculcado el derecho de audiencia y defensa de la entidad reclamada. En efecto, no se duda que la parte reclamada fue citada en legal forma a la vista oral donde exponer sus alegaciones y hacer valer su derecho. Igualmente, que ninguna persona compareció en representación de la reclamada al citado acto ante la Junta Arbitral. Ahora bien, consta que la Defensa de la reclamada participó, con suficiente antelación la imposibilidad de que el Abogado que la ejercía pudiera acudir a dicha vista. Aunque es cierto que la asistencia por medio de Abogado no es necesaria y que cualquier persona puede representarla, pudiendo hacer las alegaciones y defenderse por medio de escrito remitido a la Junta para su lectura en el acto, como se le indicó expresamente, no lo es menos que así se efectuó por la Defensa de la reclamada, remitiendo por email, que era la forma en que se venían comunicando, sus alegaciones y la documentación pertinente a la Presidenta de la Junta. Sin embargo, ésta consideró que, al haberlo recibido el mismo día señalado para la vista, conculcando las indicaciones que se le habían hecho a la reclamada de que lo presentase el día antes, 16 de septiembre, tal lectura no pudo efectuarse por lo que, en definitiva, se resolvió el arbitraje sin oír a la parte reclamada. La lectura del email remitido por la Presidenta de la Junta Arbitral, en la que se le indica a la Defensa de la reclamada que presente sus alegaciones y documentación para ser leída en el acto de la vista, efectivamente dice que dicha remisión por email debía hacerse «hoy mismo», con referencia al día 16 de

septiembre. Ahora bien, no parece que tal exigencia resulte razonable, siendo así que la remisión se efectuó por email el día 17 de septiembre, mismo día de la vista, pero a las 10,49 horas, mientras que la vista estaba señalada para las 13,15 horas, por tanto con anterioridad suficiente para posibilitar su lectura en el acto de la vista. Por lo que se deduce de la contestación, que la Presidenta de la Junta Arbitral efectúa después de celebrada la vista, en la que le comunica a la reclamada que no se ha podido efectuar la lectura de tales alegaciones, ni se han tenido en cuenta las mismas y la documentación presentada, antes de dictar el laudo, la apertura, que no la recepción, de dicho email la efectuó, ya por la tarde, la Presidenta de la Junta Arbitral a su regreso a Valladolid (se supone que en esta ciudad tiene su domicilio) desde Segovia donde se efectuó la vista oral. Sin embargo, resulta evidente que estas son circunstancias son ajenas a la demandada o reclamada y que, en ningún caso, la misma puede resultar perjudicada por ellas y ver conculcado su derecho de audiencia. En definitiva, por tanto, la Junta Arbitral conculcó el art. 24 CE y, en consecuencia, el laudo dictado debe ser anulado».

EL EXAMEN DEL LAUDO IMPUGNADO DE CONFORMIDAD A LOS MOTIVOS QUE SEÑALA LA DOCTRINA DEL TC CONDUCE A RECHAZAR LA DENUNCIADA VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (STSJ MADRID CP 1ª 27 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral Nacional de Consumo — Árbitros: independencia e imparcialidad árbitros imparcialidad — Acción de anulación — Indefensión — Orden público — Doctrina constitucional — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 27 de abril de 2021 (n.º 19/2001) (ponente: David Suárez Leoz) desestima una demanda de anulación frente al Laudo de 25 de febrero de 2020, corregido por el Laudo de 4 de junio de 2020, que dictó la árbitra designada por la Junta Arbitral Nacional de Consumo y en consecuencia, confirma los mismos, con las siguientes consideraciones:

«(...) se alega, como primer motivo de nulidad, conforme art. 41.1º. f) L A, «ser el laudo contrario al orden público», que concreta en su ámbito económico, por ser el laudo contrario a la buena fe contractual, favorecer el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho. Así, afirma, con respecto a la buena fe contractual, que, en situaciones como ésta no puede el consumidor utilizar la normativa que le es de aplicación como aval para su más que reprochable mal hacer. El derecho siempre ha de estar al servicio del que obra de buena fe, tal y como ha venido reconociendo la jurisprudencia de nuestros Juzgados y Tribunales, y es patente la mala fe contractual en los reclamantes que fueron advertidos del error en páginas webs y mostraron su voluntad de adquirir el producto después de leer estos avisos. Pretenden los reclamantes en el procedimiento arbitral obtener una ventaja aprovechándose de un fallo, incluso —en algunos casos de algunos compradores— con una clara intención de lucro mediante la reventa posterior de esos teléfonos, por lo que nos hallamos ante una pretendida compraventa de un producto basada en el error manifiesto, fácil y evidentemente reconocible, pues la diferencia de precio era absolutamente

desproporcionada, constituyendo un claro abuso de derecho, lo cual opera como límite a los derechos de los consumidores. Pues bien, en cuanto a lo que se debe entender por orden público, la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020 (...). Igualmente, la reciente STC, de fecha 15 de febrero de 2021 (Recurso de amparo 3956–2018), concreta el concepto de orden público (...). La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, 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». Atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos, al no ser esta Sala 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, y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues lo que pretende la actora es que esta Sala revise el laudo dictado en cuanto al fondo, como si esta Sala fuera una verdadera segunda instancia. Si limitamos nuestro examen del Laudo impugnado a los motivos que nos señala la referida Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, no podemos sino rechazar la denunciada vulneración del orden público. Y así, no se alega en ningún momento en la demanda de anulación infracción alguna 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 árbitra asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, lo que no fue impugnado por la parte demandante, alegando causa de nulidad al respecto. La decisión arbitral rechaza, también, motivadamente, que exista una situación de abuso de derecho en el comprador, al considerar que «En todo caso, la pretensión de adquirir varios productos idénticos no puede ser atendida, al considerarse que tal práctica puede hacer dudar de la propia condición de consumidor que actúa con un propósito ajeno a una actividad comercial, e incluso de su buena fe contractual» —cf. FJ 13º—, e implícitamente se rechaza la alegación de la prohibición del enriquecimiento injusto, desde el momento en que siendo este rechazable en la medida en que no medie causa para ello, la declaración de validez del contrato de compraventa que establece el laudo impugnado, equivale a que sí ha existido causa lícita. Por ello, basta la lectura del laudo para tener una cabal comprensión de las razones por las que la árbitra resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque la ahora actora no comparta sus conclusiones, con argumentos fundados en derecho, razonables y razonados. De los autos queda acreditado con claridad que la árbitra practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias, lo que pertenece a la exclusiva íntima convicción de quien debe acometer dicha labor, no pudiendo tacharse de insuficiente, ni irracional o ilógica. En definitiva, puede afirmarse con la sola lectura del laudo arbitral impugnado que en él se contiene una suficiente y lógica motivación, no apreciándose algún tipo de quiebra, incoherencia o contradicción. Resulta por todo ello, procedente rechazar este primer motivo de anulación».

«(...) Como segundo motivo de anulación del Laudo alega la demandante imposibilidad de que la demandada en el procedimiento arbitral hiciera valer sus derechos, recogido en el art. 41.1º.b, por no motivar el rechazo a la valoración de la prueba y por otra parte, se refiere también a una

incorrecta valoración de la prueba por parte del árbitro, al afirmar que el laudo adolece de falta de exhaustividad y de una valoración razonable y razonada de la prueba, tal y como establece el art. 45 del RD 231/2008, al no hacer referencia a que sistema ha puesto en marcha la árbitra para examinar la prueba, para contrastar su validez, y decidirse por no tenerla en cuenta, o rechazar su contenido. A los efectos de considerar vulnerado el orden público, no basta la mera alegación de la incorrecta valoración de la prueba, porque lo que se plantea, en realidad, es la mera discrepancia con la valoración realizada por el órgano arbitral. Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público es necesario 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 Tribunal Arbitral, según 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 laudo final, incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba practicada, aunque en su conclusión no comparta la valoración pretendida por aquella aportada por la F. En definitiva y como señala la STC de 15 de febrero de 2021 (...). Por ello, si esta Sala no se limita a realizar un examen externo de la motivación, sino que entra a hacer su propia valoración de la prueba, nos excederíamos de lo que es procedente en el procedimiento de impugnación de los laudos arbitrales».

«(...) El último motivo de nulidad planteado por la actora se refiere a la falta de imparcialidad e independencia de la árbitra, que dicta el laudo impugnado, lo que fundamenta en dos circunstancias: a) El incumplimiento de las reglas del IBA, y en concreto con el supuesto 3.1.5 de la Lista Naranja (enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro), en la que se señala que: «El árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de las partes», supuesto en el que el árbitro tiene la obligación de revelarlas al resto de las partes del procedimiento. Y b) Se ha infringido el art. 21, apdo. 2 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, norma que hace referencia al turno de designación de los árbitros. Afirma el demandante que es claro que en el caso concreto existe un incumplimiento, puesto que siempre ha sido la misma persona, la que ha conocido de los asuntos que ahora nos ocupan ante esta Sala. Este último motivo de nulidad debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores pues, en primer lugar, no se acredita la infracción en la designación del turno de reparto, ni se apunta, más allá del incumplimiento del deber de poner de manifiesto a las partes, de qué manera supone la vulneración del deber de imparcialidad e independencia, en la medida en que la parte demandante conocía o debía conocer la circunstancia prevista en el supuesto 3.1.5 de la lista Naranja, y no puso remedio a ello mediante la oportuna recusación con clara dejación de la diligencia que también le es exigible. Al margen del carácter orientativo de las Directrices del IBA, tal como ha señalado esta Sala y nos recuerda la parte demandante, que ciertamente van en el sentido de que «habría obligado al árbitro, caso de que los arbitrajes anteriores se relacionaran con el que ha sido objeto de este Arbitraje (...), a revelar su participación en arbitrajes anteriores», «la obligación de todo árbitro [de] ser y permanecer

independiente e imparcial», viene establecida inequívocamente en el art. 17.1º LA. Dicho precepto, en su apartado segundo, estable la siguiente obligación: «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida». No consta en las actuaciones el procedimiento arbitral, dado que por la parte demandante —la demandada está en rebeldía—no lo propuso como prueba, por lo que a los efectos de lo que estamos analizando, debemos aceptar lo que se indica en el Antecedente de Hecho del Laudo arbitral. En concreto, en el párrafo segundo se indica: «De conformidad con el art. 4º del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, se ha comunicado a las partes el inicio del procedimiento arbitral, la designación de un Árbitro único y la citación a audiencia en forma escrita, con el fin de que aportaran nuevas alegaciones o documentación que no hubieran puesto de manifiesto y consideraran relevantes para la solución del conflicto. Asimismo, se han incorporado al expediente toda cuanta documentación obraba en los procedimientos de reclamación anteriores, seguidos de conformidad con lo dispuesto en el Código Ético de Confianza Online. Si bien es cierto que no parece que la árbitra designada cumpliera formalmente con la citada obligación de dar a conocer a las partes su, al parecer, intervención en otros procedimientos anteriores, en los que ha sido parte F., dicha circunstancia no podía ser desconocida por ésta, y ello por la sencilla razón de que si en procedimientos arbitrales anteriores ha intervenido la árbitra, de igual manera lo ha hecho la mercantil F., en su condición de parte en dichos procedimientos, por lo que no cabe alegar ahora, tal como hace en la demanda, sorpresa o desconocimiento. La demandante podía o debía conocer dicha circunstancia, pudiendo hacer uso de lo que dispone el último párrafo del mencionado art. 17.2º LA: «En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes», lo que permitiría preguntar a la árbitra acerca de si con anterioridad había intervenido en tal condición en procedimientos arbitrales en los que fuera parte F. Concluimos, por tanto, que en ningún momento podemos apreciar indefensión material en el presente motivo anulatorio, ya que no es admisible que F. no tuviera conocimiento de la participación de la árbitra, según manifiesta, en procedimientos arbitrales anteriores, a los efectos del art. 17 LA, y bien pudo hacer uso del procedimiento de recusación, si consideraba que la cuestionada árbitra no reunía los requisitos de imparcialidad e independencia. Al no hacerlo así incurrió en una clara falta de diligencia, que ahora no puede trasladar a la árbitra, como fundamento de uno de los motivos de anulación, ya que la infracción de ésta se revela meramente formal y claramente subsanable. Por otra parte, no se acredita —ni siquiera se insinúa—en que consiste la falta de imparcialidad e independencia, pues si bien es cierto que la apariencia de falta de dichos requisitos puede dar lugar a que las partes puedan dudar de la misma, en el caso presente, tan solo se indica la falta de comunicación a las partes de haber actuado previamente en tal condición de árbitro, conforme a las reglas que indica la demandante, que son orientativas. Únicamente se nos alcanza a considerar que la verdadera razón que subyace en la alegación de falta de imparcialidad e independencia, en que haya resuelto en alguna otra ocasión, no consta que siempre, en contra de los intereses de la demandante, lo que de por sí no es indicativo de dicha falta de atributos que debe revestir la actuación del árbitro. En cuanto a la segunda circunstancia, referida a la infracción del turno de designación de árbitros, contemplada en el art. 21.2º del Decreto 231/2008, de 15 de febrero, tal alegación aparece

huérfana de toda prueba, más allá de la afirmación que hace la parte demandante, de que todos los asuntos han sido turnados a la misma persona. Ciertamente la Sala puede constatar que en varios asuntos, de los que conoce, se impugnan laudos dictados por la misma árbitra, pero esto no es suficiente, ya que se tendría que haber acreditado cómo ha realizado la Junta Arbitral Nacional de Consumo la asignación de los asuntos, para ver cuál ha sido el criterio seguido, no pudiendo descartarse la procedencia de que, al tratarse de una serie de asuntos semejantes, resultase más conveniente su atribución a una misma persona, con el fin de evitar resoluciones discrepantes. Por todo lo expuesto, procede desestimar este último motivo de anulación, y por ello, toda la demanda».

[Vid.. SSTSJ Madrid CP 1ª 27 abril 2021, n.º 21/2021, 28 abril 2021, n.º 20/2001, n.º 23/2001, 28 abril 2021, n.º 25/2001; Rafael Hinojosa Segovia, «Desestimación de la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de infracción del orden público y por ausencia de falta de imparcialidad e independencia de la árbitra», *supra*]

EL GRADO DE INDEFENSIÓN PROVOCADO POR EL ÁRBITRO A LA PARTE QUE AHORA IMPUGNA EL LAUDO ALCANZA LA NATURALEZA MATERIAL, AL NEGAR EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO CONDUCIENDO A LA ANULACIÓN DEL LAUDO (STJS MADRID CP 1ª 27 ABRIL 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Indefensión — Notificación deficiente — Orden público — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 27 de abril de 2021 (n.º 22/2021) (ponente Celso Rodríguez Padrón) declara la nulidad del laudo arbitral dictado por un árbitro único del denominado «Tribunal de Jurisdicción y Enjuiciamiento Civil» el 30 de junio de 2020 al haberse causado indefensión a la parte actora. Según el Tribunal:

«(...) Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020, 15 de febrero de 2021 y 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 que 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».

«(...) En el presente supuesto no se aporta con la demanda de nulidad la demanda arbitral, entendiéndose por tal el documento ajustado a los contenidos mencionados en el art. 29.1º LA: los hechos en los que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formulan. Desconocemos por lo tanto si existe, y si en ella —de existir— se afirmaba la existencia de convenio arbitral entre arrendador y arrendatario. La parte demandada en el presente proceso tampoco aportó con su contestación a la demanda de nulidad el documento al que nos referimos; se limitó a remitirse como prueba documental a la que había sido aportada por el actor con su demanda. En resumen: no se acredita la existencia de demanda afirmativa del

arbitraje, a la que hubiese seguido el oportuno silencio o aquiescencia de la parte demandada para poder aceptar, por la vía de la presunción, la realidad que acepta el árbitro —sin entrar en ninguno de estos detalles— en el laudo impugnado. Cuanto nos consta como actitud del demandado arbitral es la petición —insistente— de la demanda para poder conocer de qué tiene que defenderse, y el desconocimiento de la misma se alega ante esta Sala, en actitud que debemos calificar como coherente y por lo tanto no vulneradora de la doctrina de los propios actos. No se ha probado —como es obligación de quien en el proceso civil afirma un hecho— la afirmación del arbitraje por el arrendador del inmueble en escrito de demanda a contestar por el inquilino de donde pudiera colegirse la aceptación tácita por parte de éste del escenario arbitral, contradiciendo la rotunda sumisión a los Tribunales de Madrid que figura en el contrato que les une».

«(...) 1.- Ya hemos dicho que el respeto al orden público (que se invoca en la demanda como causa de nulidad) implica en el arbitraje el respeto de las normas imperativas. Ha de entenderse por tales aquellas de obligado cumplimiento, de derecho necesario y por lo tanto no susceptibles de verse sustituidas por la mera voluntad de los particulares. En materia de arbitraje, la flexibilidad que reconoce la Ley a las partes encuentra algunos límites, entre los que debemos resaltar ahora cuantos se comprenden en el Título I de la vigente Ley de 26 de diciembre de 2003, bajo la denominación de Disposiciones Generales. Es cierto que el art. 25 de la misma norma reconoce a las partes un amplio margen de disponibilidad sobre el procedimiento; también lo es que el art. 29 establece en su ap. 1 que «Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia...». Ahora bien: sin perjuicio de que la dimensión de los plazos pueda ser variable, lo que no cabe es derogar la garantía que la propia ley contiene en orden a su cómputo. Y en esta materia —no cabe confundir cómputo con extensión— el art. 5 LA (dedicado a las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos) no admite duda: «b) Los plazos establecidos en esta Ley se computarán siempre desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. .../... Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales». Curiosamente, este art. 5 LA se cita de manera expresa en la comunicación que se remite al demandado arbitral. 2.- Sobre estas inequívocas bases proclamamos la vulneración manifiesta en la que incurre el árbitro, al recortar el plazo de alegaciones concedido a la parte demandada arbitral en un día. El correo electrónico que remitió otorgando el plazo de siete días indicaba expresamente: «desde la fecha del presente correo electrónico», indicación que colisiona de forma patente con lo dispuesto por la propia Ley de Arbitraje en cuanto se refiere al cómputo de plazos (que corre a partir del día siguiente al de la notificación o comunicación). No puede validarse en absoluto un laudo arbitral cuyo autor actúa abiertamente en contra de la Ley reguladora del arbitraje. Con el fin de completar esta clara conclusión, cabe incluso añadir que la Póliza —suscrita por la compañía aseguradora del alquiler pero no por el arrendador— en la parte que denomina Convenio Arbitral señala: «f) El cómputo de plazos será en día naturales. Esta Institución Arbitral garantizará que se cumplan y respeten los plazos del procedimiento arbitral, que el tribunal o árbitro podrán eventualmente prorrogar». La previsión ha fallado en el momento en que no se ha garantizado el respeto a los plazos desde el punto de vista de su necesario

calendario de cómputo. Comunicada por correo electrónico a la parte demandada el día 23 de junio la posibilidad (no se especifica tampoco si se ha dictado una orden procesal, pues el texto es informal) de realizar alegaciones en 7 días, el plazo no puede computarse «desde la fecha del presente correo», sino que por imperativo legal ha de contar desde el día siguiente. De tal modo se extendía hasta el día 30, que es el día en que fueron remitidas. 3.- Con este modo de proceder, cuanto se ha ocasionado a la parte demandada en el procedimiento arbitral es una material indefensión. Este concepto, de naturaleza constitucional, si bien se extiende a todas las manifestaciones del derecho fundamental de tutela, encuentra relación más estrecha que con otras en lo que afecta al derecho de defensa, a la prueba, a la contradicción, de tal modo que aun siendo una obligación constitucional apriorística y perenne para Jueces y Magistrados la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, ha de garantizarse que estos puedan introducir y defender en el proceso legítimamente sus pretensiones, y han de obtener una respuesta fundada en derecho sobre tales pretensiones. Entre otras muchas, entendemos que resulta pertinente la cita de la STC 205/2007, de 24 de septiembre, que establece en su FJ 4º que: «El derecho de defensa, expresado bajo el clásico principio procesal nemine damnatur nisi auditus...» (...).El grado de indefensión provocado por el árbitro a la parte que ahora impugna el laudo dictado alcanza la naturaleza material, al negar el acceso al procedimiento —y por lo tanto a la toma en consideración— de unas alegaciones que había presentado dentro del plazo que ampara la ley. Es más: sin aguardar siquiera al transcurso de este día, fue dictado el laudo ya (...). Prosperando la pretensión de nulidad deducida ante la Sala, no es preciso abordar el resto de las cuestiones planteadas en la demanda, como tampoco las alegaciones sobre la ejecutividad del laudo que encabezan la contestación. En el presente procedimiento no se dirime tal advertencia».

[Vid.. Fabio Virzi y Laura Martín, «El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales», *supra*]

EL TSJ DEL PAÍS VASCO DESESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN BASÁNDOSE EN LA STS 15 FEBRERO 2021: «NO ESTAMOS FACULTADOS PARA REVISAR SIN LÍMITES EL FONDO DE LA DECISIÓN ARBITRAL» (STSJ PAÍS VASCO CP 1ª 27 ABRIL 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Orden público — Revisión del fondo — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 27 de abril de 2021 (ponente: Antonio García Martínez) desestima una anulación de anulación contra un laudo arbitral emitido por una árbitra única y tramitado ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao a partir de la STC de 15 de febrero de 2021 que reproduce parcialmente y que fundamenta el fallo:

«(...) La aplicación al caso de la doctrina anterior determina la desestimación de la demanda de anulación. Las objeciones que formula la demandante por la desestimación de las alegadas excepciones de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario, ambas examinadas y

rechazadas por el árbitro, o con la condena al pago de 60.000 € e intereses legales devengados desde el 12 de marzo de 2019, no tienen incidencia alguna en el orden público. Y tampoco cabe aceptar que el árbitro se haya extralimitado al resolver cuestiones no sometidas a su decisión. La desestimación de las excepciones y la condena no violentan ni socavan principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que quepa considerar obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada. El demandante no identifica ni uno solo, más allá de la socorrida invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que, a diferencia de la jurisdicción, no constituye el núcleo del arbitraje, cuyo anclaje constitucional no se encuentra en el art. 24, sino en el art. 10 y el principio de libertad, y que, en cualquier caso, no se puede considerar vulnerado por la mera desestimación de lo pretendido por la demandante cuando no se ha producido inobservancia de ninguna de las garantías propias de la instancia arbitral y, por otro lado, dicha desestimación aparece expresa y debidamente motivada en el laudo sin que dicha motivación pueda ser tachada por arbitraria, ilógica, absurda o irracional. Por otro lado, tal y como el árbitro expone en el laudo «las partes dan por resuelta la relación contractual entre ellas existente, siendo objeto de controversia tanto las causas de la misma, posibles incumplimientos y responsables, como las consecuencias o efectos que se derivan de la extinción del vínculo contractual». Y esto así, ninguna extralimitación cabe apreciar por el hecho de que el árbitro concluya, pese a sostener que el incumplimiento no resulta imputable a ninguna de las partes, sino que la imposibilidad de cumplir es fruto de una circunstancia sobrevenida de la que no cabe responsabilizar a ninguna de ellas, que se produce la resolución del contrato con el efecto reintegratorio que establece a cargo de la parte vendedora. Lo que no cabe considerar extraño o extraordinario, dado que, en nuestro ordenamiento, y a diferencia de lo que sostiene la parte demandante, se admite, por lo menos en determinados casos, la resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable al demandado y su eficacia restitutoria. Lo que el escrito de demanda pone de manifiesto es el desacuerdo de la parte demandante con el razonamiento y la decisión arbitral y su empeño en someter a revisión y nuevo análisis la cuestión sometida a arbitraje, lo que no procede, puesto que no somos una segunda instancia ni estamos facultados para revisar sin límites ni cortapisas el fondo de la decisión arbitra».

NO LE CORRESPONDE AL TSJ TUTELAR LOS INTERESES DE LAS PARTES, PUES POR ALGO ÉSTAS HAN RENUNCIADO A LA EFECTIVA TUTELA JURISDICCIONAL (STSJ MADRID CP 1ª 28 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de la CAM — Diferencias entre jurisdicción y arbitraje: Tutela judicial efectiva — Acción de anulación — Procedimiento arbitral — Motivación — Orden público — Condena en costas — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 28 de abril de 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón), concluye no haber lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral dictado por árbitro único de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y

Servicios de Madrid, de fecha 3 de julio de 2020 (aclarado por Laudo de 31 de julio) en el procedimiento, razonando de la siguiente manera:

«Resumidos (...) los argumentos sobre los que se sustenta la demanda de nulidad que da origen al presente proceso, así como las razones sobre las que la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) edifica su oposición, hemos de dejar constancia —muy sintéticamente— de que el Laudo que es objeto de impugnación, aborda la reclamación que planteó dicha sociedad contra la entidad mercantil «A. Legista Iure S.L.» y el Letrado D. A.G.R. en relación con la interpretación del contrato de arrendamiento de servicios profesionales que les unía, y más concretamente sobre la liquidación del exceso en que se había incurrido en la facturación de la llevanza de determinados procesos judiciales de ejecución hipotecaria por parte de la asesoría jurídica. 1. En el curso de las relaciones jurídicas entre ambas partes es importante recordar que se produce una incidencia relevante: existiendo pacto de sumisión a arbitraje para la resolución de todas las controversias que pudieran surgir en torno a la interpretación y ejecución del contrato aludido, el Letrado Sr. G.R. R. decidió apartarse de lo pactado, y así acudió a los tribunales de Justicia en procedimiento de Jura de cuentas contra la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) a propósito de varios asuntos que había llevado personalmente. Ello determinó que, dado que se seguía en paralelo procedimiento arbitral, el Sr. G.R. demandase la nulidad de un Laudo parcial dictado por el árbitro único de la Corte de Arbitraje de Madrid que había desestimado la excepción de falta de jurisdicción, lo que determinó la tramitación ante esta misma Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia, del Asunto Civil 45/2019, que concluyó por Sentencia n.º 11/2020, de 28 de febrero de 2020. Estimando la demanda, se declaró la nulidad del Laudo parcial de 12 de julio de 2019. Decíamos entonces que, aun habiendo pactado inequívocamente el demandante (el Sr. G.R.) un compromiso arbitral, el hecho de que luego se apartase de su compromiso y acudiese al escenario judicial para reclamar sus honorarios a la Sareb, tendría que haber sido impugnado por ésta mediante la oportuna excepción. Dado que no lo hizo en forma legal, concurría en el procedimiento arbitral una verdadera falta de jurisdicción, pues la discrepancia con lo acordado por el Letrado de la Administración de Justicia en el procedimiento de cuenta jurada del art. 35 LEC. debía ejercitarse en juicio ordinario (no arbitral). Así fue estimada la demanda interpuesta (...) en nombre y representación de D. Agustín G.R.. 2.- Es importante dejar constancia del resumen anterior sobre el proceso de nulidad del Laudo parcial mencionado, al no tratarse de una cuestión tangencial, sino ciertamente nuclear en cuanto ahora se discute. Prácticamente todo el proceso de anulación actual descansa sobre la alegación de la entidad mercantil «A.L.I., S.L.» de la incorrección patente en la que incurre el árbitro al haber dictado el Laudo final por el que la condena a satisfacer las pretensiones de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB). Los Fundamentos de Derecho de carácter material de la presente demanda de nulidad desarrollan un auténtico catálogo de invocaciones de vulneración del Orden Público que tachan de insostenible la motivación del Laudo: por irrazonable, por vicio de incongruencia omisiva, por valoración arbitraria de la prueba y hasta por la imposición de costas. Pero en realidad, el núcleo de la impugnación se centra en la alegación primera —que dice que pesan sobre este Laudo final los efectos de la cosa juzgada— y también en la segunda, que censura el que no se hayan extendido a la persona jurídica demandante los efectos de la STSJM dictada

para D. A.G.R.. Sobre este punto concreto —por la importancia que reviste— hemos de advertir que en la demanda (monográficamente orientada sobre una variada proyección del concepto de orden público) no se invoca en ningún momento como causa de anulación la prevista en el art. 41.1º.a) LA (inexistencia o invalidez del convenio arbitral), causa que, dado el texto de la propia norma, ha de ser expresamente «alegada y probada» por la parte que la invoque, de tal modo que esta Sala ni puede entrar a valorar de oficio tal cuestión, ni llevar a cabo una interpretación extensiva de ésta como de ninguna de las demás causas en las que pueda fundamentarse la acción de nulidad en virtud de la naturaleza extraordinaria de esta acción. Pero es más: Resultaría incluso contradictorio con la actitud de la propia entidad mercantil el que ahora se pretendiese acudir a la inexistencia del convenio como alegato con pretensiones de nulidad. No olvidemos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 9.5º de la misma Ley, se considera 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. Esto es: la ley establece una presunción favorable al escenario arbitral que se deduce del comportamiento de las partes ante el árbitro al aceptar —y no negar— el transcurso del procedimiento arbitral y actuar en él con patente sumisión. En el supuesto que nos ocupa, la entidad mercantil con relación a la que se pronuncia el laudo impugnado, actuó de manera ordinaria defendiéndose de las cuestiones de fondo que en su contra sostuvo la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), de modo que, una elemental coherencia, impide siquiera considerar esa pretensión de «extensión de efectos» de lo ocurrido con uno de los abogados de la mercantil jurídica. Sería tanto como asumir este Tribunal una labor fiscalizadora que —a falta de alegación y petición expresa— no le corresponde, pues no le compete tutelar más allá de lo estrictamente necesario los intereses de las partes, que por algo han renunciado a la efectiva tutela que, en el ámbito jurisdiccional, sí proyecta como obligación absoluta la Constitución sobre los Juzgados y Tribunales. En esto reside una de las grandes diferencias entre la jurisdicción y el arbitraje tal como ha resaltado la STC 15 de febrero de 2021 a la hora de acotar la delimitación precisa del concepto de «equivalencia jurisdiccional».

La presente decisión cuenta con un voto particular del Magistrado Jesús M.ª Santos Vijande.

[Vid.. Josep Maria Julià, «Obras son amores y no votos particulares, supra»]

DESESTIMACIÓN DE UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL POR FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL IMPUGNANTE (STSJ CASTILLA Y LEÓN CP 1ª 29 ABRIL 2021)

Arbitraje — Arbitraje de equidad — Acción de anulación — Legitimación — Procedimiento arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 29 de abril de 2021 (ponente: José Luis Concepción Rodríguez) desestima una acción de anulación de en el laudo arbitral que puso fin a la vida de una sociedad, con las siguientes consideraciones:

«(...) el examen de la resolución impugnada debe de limitarse por nuestra parte a un juicio externo sobre el respeto que se tuvo al convenio arbitral y sobre el cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I de nuestra Constitución, por seguir la doctrina emanada de la reciente Sentencia 46/2020, de 15 de junio, del Tribunal Constitucional (...). El arbitraje de equidad se caracteriza porque la decisión del árbitro se basa en un juicio personal y subjetivo de éste sin otro fundamento que su «leal saber y entender», siempre que la misma se apoye en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios motivadores tenidos en cuenta a la hora de adoptarla. Ello determina que la resolución del conflicto se base en una motivación —esto es, en la expresión de los motivos o razones que explican la decisión—, adoptada tras un proceso lógico que sirva para alejar la misma de la mera arbitrariedad; y que, frente a la que se adopta en el arbitraje de derecho, en donde el árbitro debe de fundamentar aquélla en razones jurídicas, en el de equidad basta la exposición de unas razones basadas en máximas de experiencia, reglas lógicas, conocimientos científicos o empíricos, así como en los usos o en criterios de convivencia generalmente aceptados en cada sector de las relaciones sociales. Lo anterior no implica que en el arbitraje de equidad esté contraindicada o resulte vedada la utilización de criterios jurídicos por parte de quien lo verifica, por cuanto el árbitro —por el mero hecho de no serlo de derecho no puede desconocer o contravenir las normas del Ordenamiento jurídico; así lo viene sosteniendo reiterada jurisprudencia (por todas, SSTs de 30 de mayo de 1987, 14 de noviembre de 1984, 8 de noviembre de 1985 y 20 de diciembre de 1985, entre otras). Por tanto, podemos decir que la utilización de términos jurídicos en la *questio decidendi* resulta no obligatoria —como en aquél— pero sí posible, máxime en un supuesto como el que nos ocupa, en el que impetrada una resolución declarativa —de disolución de una sociedad— el árbitro debió de asegurarse si concurría causa legal para ello; y en el que la condición de jurista del propio árbitro —a la sazón, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Palencia— le llevó a aportar, para apuntalar su decisión, algún fundamento más que el que le proporcionaba su leal saber y entender»

«(...) A mayor abundamiento, si el art. 448 LEC otorga la legitimación para recurrir las decisiones judiciales a quienes resulten afectados desfavorablemente por las mismas, debemos concluir que carecerá de ella el litigante que vea plasmado en la misma aquello que perseguía con su inicial pretensión, que en este caso no era otra que la declaración de disolución de la mercantil M.G., S.L que había constituido junto con su hermano y de la que tenía el 50% de las participaciones sociales. En otras palabras, la posibilidad de la interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada —a salvo los terceros a quienes afecte la cosa juzgada— (STS de 10 de noviembre de 1981), por lo que sin gravamen no existe legitimación para recurrir.... Lo anterior —entendido *mutatis mutandi* en relación con los laudos arbitrales— es de suyo bastante para rechazar la demanda de nulidad intentada contra el dictado con fecha 11 de noviembre de 2020 por D. S.G.R. sin necesidad de pormenorizar en ninguno de los tres concretos motivos de nulidad invocados por el demandante, habida cuenta de la falta de legitimación advertida».

DESESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR FALTA DE COINCIDENCIA PLENA ENTRE LAS SOCIEDADES QUE SUSCRIBIERON EL CONVENIO ARBITRAL Y LAS PARTES DEL

PRESENTE LITIGIO (AAP BARCELONA 11ª 29 ABRIL 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Extensión de la cláusula arbitral a terceros — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimera, de 29 de abril de 2021 (ponente: Antonio Gómez Canal) estima íntegramente un recurso contra la cesión de instancia que estimo una declinatoria arbitral, afirmando entre otras cosas que:

«(...) 1º.- *La propia naturaleza y fundamento de la institución arbitral a que se refiere la STS 409/17 de 27/6. En esta resolución, con cita de las SSTC 176/96 de 11/11 y 9/05 de 17/1, se considera al «arbitraje como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados». Es un mecanismo de heterocomposición de conflictos, en el que a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes a la que el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula su fuerza decisoria. Es por ello que: 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 (STS 26/10 de 11/2 citada por la 409/17). 2º.- A la vista de la cláusula 8.2º arriba transcrita, inserta en el contrato recogido en el documento n.º 1 del escrito de declinatoria, podemos admitir que J. aportó un principio de prueba conforme al art. 65.1º LEC de la existencia de un convenio arbitral, omnicompreensivo, de las cuestiones litigiosas que pudieran suscitarse en relación al mismo. Ahora bien, para la decisión de la declinatoria es obligado que el tribunal examine, con los datos disponibles y sin perjuicio de lo que pudiera resultar ulteriormente tras el seguimiento del proceso plenario, la validez y eficacia del referido convenio arbitral a los efectos de enervar el derecho a la tutela de quienes acuden a los tribunales en demanda de justicia. Así lo expresa la referida STS 409/17 (FJ 3.6) siguiendo la que denomina «tesis débil» del principio kompetenz–kompetenz: «La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio». Si verificamos este análisis llegamos a la conclusión estimatoria del recurso arriba anunciada: a.- sin perjuicio de la posible vinculación entre las cuatro mercantiles implicadas en el presente litigio —cuestión que escapa del presente incidente—, lo que es innegable es que cada una de ellas tiene personalidad jurídica propia diferenciada de las demás. Dicho esto observamos que falta coincidencia plena entre las sociedades que suscribieron el convenio arbitral*

el 23 abril 2015 (J. y Q.) y las partes del presente litigio: a las anteriores se les añaden, G.Q., S.L. en el polo activo del proceso y J.C.I., S.L., en el pasivo, entidades a quienes por el principio de relatividad de los contratos reconocido en el art. 1.257 Cc no les resultaría de aplicación el convenio arbitral invocado para eludir la intervención de los tribunales de justicia, configurado como un derecho fundamental. Dicho de otro modo, en relación a esas dos sociedades no existe un convenio arbitral —"voluntad de las partes de someter a arbitraje» la controversia (art. 9.1º LA)— y para evitar su división deberá ser resuelta por la jurisdicción. b.- a ese óbice se le añade otro cual es la manifestación de la propia J. contenida en su comunicación electrónica de 5/9/18 obrante al folio 61, con el efecto vinculante que produce conforme a los arts. 7.1º Cc, 111.8º CCCat, 11.2º LOPJ y 247.1º LEC, según la cual «Hemos terminado la cooperación con la empresa G.Q., con quién 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 abril 2015 por J. y Q.. 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. Ante esta tesitura, atendida la pauta interpretativa a que hicimos referencia (...), lo procedente será descartar, a los efectos del presente incidente de declinatoria, que el convenio arbitral invocado por J. tenga a día de hoy y entre las partes del litigio (todas ellas) fuerza para excluir la intervención judicial para su resolución. Por todo lo que antecede procederá adoptar las siguientes decisiones: 1ª.- estimar el recurso de apelación interpuesto por Q. y revocar el Auto de 4 septiembre 19 contra el que se dirigía. 2ª.- en su lugar desestimar la declinatoria formulada por J. con imposición de las costas causadas por su tramitación durante la primera instancia por aplicación del principio del vencimiento objetivo contenido en el art. 394.1º LEC...».

[Vid.. Roger Canals Vaquer, «A vueltas con la extensión del convenio arbitral a terceros», *supra*]

EN APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL TSJ DE MADRID DESESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA UN LAUDO ARBITRAL DE LA LCIA (STJS MADRID CP 1ª 4 MAYO 2021)

Arbitraje — Arbitraje LCIA — Derecho aplicable — Acción de anulación — Doctrina constitucional — Motivos — Falta de motivación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 4 de mayo de 2021, n.º 27/2001 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral en arbitraje administrado por la *London Court of International Arbitration*. Tras resumir su doctrina en la materia la presente decisión declara que:

«(...) El examen del laudo impugnado lleva a criterio mayoritario de la Sala, a la luz de la doctrina expuesta, a rechazar las objeciones de error en la interpretación de la cláusula 12.2.3 del contrato, conforme al derecho aplicable, al igual que la alegación de haber ignorado determinados medios

de prueba, de absoluta relevancia para el sentido del fallo, y, por último, la denuncia de arbitrariedad en la motivación, que se achaca la Laudo impugnado. El examen del laudo permite afirmar que contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el Tribunal Arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto la parte demandante como la parte demandada, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y contestación a la misma. 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. Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada 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. Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público, que viene a concretarse en la demanda de anulación en que el Laudo incurre en una frontal contravención del orden público procesal, al vulnerar, en su fundamentación en general y en su valoración probatoria en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Al respecto cabe hacer las siguientes consideraciones: a) El Tribunal arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución, lo que no es impugnado por la parte demandante, alegando causa de nulidad al respecto. Conviene hacer una muy destacada referencia a ello, dado que, conforme a la doctrina que expusimos, la actuación del órgano arbitral y su análisis por esta Sala, en el ámbito de la competencia revisora que ofrece la acción de anulación, con el alcance y límites que igualmente hemos señalado, siendo la autonomía de la voluntad de las partes, esencia legitimadora de la institución arbitral, es a la luz de los acuerdos que alcancen las partes, no solo en cuanto a la decisión inequívoca de someterse al procedimiento arbitral, sino también en cuanto al alcance y pautas procedimentales y de resolución, por ejemplo el derecho aplicable, que se indiquen a los árbitros, que esta Sala, repetimos en el ámbito del procedimiento de anulación en que nos encontramos, deberá examinar y «revisar» la corrección externa del laudo dictado. b) No se alega 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, en definitiva, los aspectos que integrarían el orden público como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal (el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba). c) A juicio de la Sala, como ya hemos afirmado, no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad. Cabe salir al paso de la alegación de la parte demandante, de que la motivación del Laudo impugnado es arbitraria, contraviniendo el orden público, dado que vulnera —en su fundamentación y en la valoración de la prueba— el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplada en el art. 24 CE, señalando, tal como establece la STC 15 marzo 2021 ya citada (...). Y es que el Tribunal Arbitral es categórico al afirmar que la controversia debe resolverse conforme a la interpretación estricta y literal de la cláusula discutida, lo que de suyo supone la desestimación implícita de la interpretación que propugna la parte

demandante. d) La interpretación de la cláusula 12.2.3 del contrato de compraventa de GNL, el SPA, se hace al amparo del Derecho al que las partes se sometieron, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, para resolver la controversia surgida, a lo que venía vinculado el Tribunal Arbitral: El Derecho del Estado de Nueva York. Lo anterior, sin duda, excluye la aplicación del Ordenamiento jurídico español, incluida la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, que lo interpreta en el ámbito de la competencia civil. La aplicación que del Derecho del Estado de Nueva York realiza el tribunal arbitral debe ser respaldada. En primer lugar, porque lo expone de forma razonada y razonable, no resultando ni arbitrario ni extravagante, por lo que debe mantenerse, con independencia de su mayor o menor acierto interpretativo. En segundo lugar, porque, como el propio Tribunal Arbitral señala «las Partes concuerdan en que las Leyes de Nueva York exigen que los contratos se interpreten de acuerdo con el texto llano de sus disposiciones, leídas como un todo armónico e integrado, y dándose efecto a su finalidad y propósito. Los tribunales tienen la obligación de no modificar en nada el texto negociado por las Partes, así como el deber de interpretar el acuerdo de modo tal de implementar todas sus disposiciones, sin privar a ninguna de su vigor y efecto. Las pruebas extrínsecas deben considerarse únicamente cuando el acuerdo no es claro e inequívoco a primera vista». Y, en tercer lugar, porque dicha interpretación viene avalada por la prueba pericial practicada sobre el Derecho del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), admitida por la Sala. En este sentido, podemos destacar del informe pericial que: «El precepto fundamental, neutral del Derecho de Contratos de Nueva York es que el texto del contrato se interprete de conformidad con la intención de las partes. La mejor prueba de tal intención es el contrato por escrito firmado por las partes. Un contrato deliberadamente elaborado y firmado se asume que refleja la intención de las partes, que se debe extraer del documento. Cuando el texto del contrato sea claro e inequívoco, la intención de las partes debe encontrarse en el lenguaje que han utilizado y no mediante pruebas acerca de su intención o sus acciones... Salvo que un texto legal o de orden público dicte otra cosa, los términos de un contrato por escrito claro e inequívoco definen los derechos y obligaciones de las partes». Una consecuencia de lo anterior, señala el informe pericial, es que «A la regla del significado manifiesto se le da efecto operativo por lo que el derecho de Nueva York denomina la restricción probatoria de la parol evidence, que impide recurrir a pruebas (verbales o por escrito) no incluidas en un escrito integrado». Y sigue diciendo el informe: «La regla de parol evidence es una regla de Derecho sustantivo, no de procedimiento o de prueba. La regla tiene dos facetas. En primer lugar, cuando el contrato sea claro e inequívoco, la prueba extrínseca a las cuatro esquinas del contrato de las partes no es admisible para variar o contradecir el texto del contrato. La prueba extrínseca no puede alterar un contrato por escrito. La prueba que se encuentre fuera de las cuatro esquinas de un contrato por escrito acerca de lo que las partes supuestamente pretendían, pero que no llegaron a declarar, o declararon erróneamente, en su contrato por lo general no se tomará en consideración para añadir o variar los términos de un contrato claro e inequívoco por escrito. La segunda faceta de la regla parol evidence impide recurrir a un contrato verbal anterior entre las partes que se ocupe del mismo objeto que el que cubre un contrato integrado por escrito». Finalmente, el informe, trae a colación la jurisprudencia de Nueva York que da efecto a esta regla, en palabras del Juez Learned Hand: «Un contrato no tiene, estrictamente hablando, nada que ver con la intención personal o individual de las partes. Un contrato es una obligación que se impone por la mera fuerza de la ley a ciertos actos de las

partes, normalmente palabras, que por regla general acompañan y representan una intención conocida. Sin embargo, si veinte obispos demostraran que cualquier de las partes, cuando usó las palabras, pretendía decir algo distinto del significado habitual que la ley les impone, seguiría estando vinculado, a menos que se haya producido algún error mutuo u otra cosa del estilo». Esta es, en definitiva, la interpretación y aplicación que hace el Tribunal Arbitral de la cláusula 12.2.3 del Contrato, a la luz del derecho que las partes aceptaron como aplicable y que, junto con el desarrollo argumental contenido en el laudo final, confluyen en la decisión desestimatoria de la demanda arbitral formulada por la también ahora parte demandante. No podemos obviar, no obstante, la parte de la prueba pericial que hemos transcrito, que el perito sobrepasa sus funciones, en cuanto que hace una valoración del laudo, a la vista del caso concreto, que pasa a analizar y valorar, en lo que se excede sin duda, de manera que las conclusiones, que escapan a lo que la exposición ante este tribunal del Derecho aplicable se refiere, no pueden ser tenidas en consecuencia, aunque sean favorables a la corrección de la decisión arbitral. Las consideraciones que se hacen en la demanda de anulación, entrando en el examen de los argumentos del laudo impugnado, aun cuando pudieran en algún aspecto poner en evidencia alguna omisión argumental del mismo, no desvirtúan en su conjunto la valoración, aplicación del derecho y respuesta a las pretensiones de las partes. La respuesta dada por el Tribunal arbitral, 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, 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 esta Sala, en el ámbito del procedimiento en el que nos encontramos. En definitiva y como señala la STC. de 15 de marzo de 2021, «... 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 o irracional; cuando se haya 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 sometidas la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes». Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal comprensión de las razones por las que el Tribunal arbitral resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque alguna parte, pueda lógicamente no estar de acuerdo, dando argumentos, además fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos, por lo que resulta procedente su confirmación».

La presente decisión cuenta con un extensísimo voto particular a cargo del Magistrado Jesús María Santos Vijande.

[Vid.. Sixto A. Sánchez Lorenzo, «La falta de motivación del laudo como motivo de anulación», *supra*]

EL TSJ DE GALICIA ASUME LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES (STSJ GALICIA CP 1ª 11 MAYO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de arrendamientos — Acción de anulación — Doctrina constitucional — Convenio arbitral — Motivación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de mayo de 2021 (Ponente: Fernando Alañón Olmedo) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral, razonando del siguiente modo:

«(...) Sobre el concepto de orden público al que se refiere el art. 41.1º.f) LA. La cuestión litigiosa pasa necesariamente por acudir a la reciente STC 17/2021, de 15 de febrero, expresamente enfocada a definir los bordes difusos de esa institución y su relación con la motivación de las resoluciones arbitrales y cuyo contenido intentaremos glosar en la consideración de que es la clave para la resolución de la pretensión deducida. Cumple señalar que la pretensión de los demandantes de amparo se apoyaba en el art. 24 CE, derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente al derecho a obtener una resolución judicial «no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente»; que el arbitraje no tiene asiento en la tutela judicial efectiva y que el laudo no puede ser anulado por insuficiente motivación. Alude la resolución citada a la no muy lejana sentencia del mismo Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, en cuyo fundamento jurídico cuarto se define el arbitraje como «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». Recuerda la sentencia que a través de la acción de anulación es posible garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, pero se añade que 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». Para el Tribunal Constitucional a través del control sobre posible vulneración del orden público no puede integrar una vía a través de la cual se sustituya el papel del árbitro de modo que se lleve a cabo un nuevo análisis de la cuestión sometida a su decisión, limitándose su apreciación en relación con la «legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje» (...).».

«(...) Analizando el laudo cuya nulidad se pretende al amparo de los criterios indicados resulta que en el argumento primero alude la arbitro a lo que es el objeto del arbitraje y este no es otro que en análisis del incumplimiento contractual y en su caso valoración económica y ello sobre la base de la interpretación del contrato de arrendamiento. Se alude a la cláusula decimotercera en cuanto que la misma determina el régimen normativo aplicable al contrato, a continuación se hace referencia a la cláusula tercera donde se hace referencia a las obras del contrato y se indica que (...). Podemos interpretar que a juicio de la árbitro, el que las obras se pormenoricen en el contrato

supone la consideración de las mismas como objeto contractual, lo que se acomoda claramente a la continuación del razonamiento donde se dice que, en relación con la cláusula séptima, donde se refieren específicamente las obras litigiosas, se define su objeto, se contiene la autorización del arrendador, se establece fecha para su finalización, se dice que el coste de los proyectos corresponde al arrendatario y, finalmente, que habrán de quedar en beneficio del inmueble, «sin que el arrendatario tenga derecho a indemnización por este concepto». El detalle del coste por partidas, así como la plasmación del precio del total de las obras en el contrato son elementos que determinan una interpretación del contrato en el sentido de que las obras a realizar entrañaban obligación del arrendatario. Así las cosas, entendemos que el laudo sí expone las razones de aquella consideración, y fácilmente se colige que se está ante un supuesto de incumplimiento contractual merecedor de la correspondiente indemnización. Ese el hilo lógico que a cualquier espectador neutral le merece el laudo como lo es también el origen de la cantidad fijada en concepto de indemnización, apoyada en el contenido del informe pericial aportado por la demandante en el proceso arbitral y no es preciso mostrar especial diligencia para comprender que la suma fijada en concepto de indemnización se corresponde con la diferencia entre el valor de las obras no realizadas y la aportación que a las mismas se había comprometido a hacer la propiedad. No estamos en un procedimiento que permite determinar si ha existido o no acierto en el razonamiento sino simplemente establecer si este ha existido o no y lo cierto es que, de conformidad con lo argumentado, al margen de que en un plano puramente teórico se puedan compartir los argumentos sustantivos de la decisión, el laudo está correctamente motivado al comprenderse en el mismo, implícita y explícitamente, las razones que llevan a quien decide a adoptar la disposición que ahora se cuestiona. Esta conclusión lleva indefectiblemente al rechazo de la acción de anulación deducida».

EL CANON DE EXIGENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE RESULTA APLICABLE AL ARBITRAJE NO ES EQUIPARABLE CON EL QUE SE PREDICA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL (STSJ MADRID CP 1ª 11 MAYO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral Nacional de Consumo — Acción de anulación — Motivación: motivación ajustada a las cuestiones debatidas — Especificidad del arbitraje de equidad — Valoración de la prueba — Especialidad del canon de valoración en el arbitraje — Independencia e imparcialidad del árbitro — Ámbito del deber de revelación — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de mayo de 2021, n.º 30/2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara no haber lugar a nulidad de un laudo arbitral pronunciado el seno de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, con los siguientes argumentos:

«(...) El laudo da respuesta suficiente y motivada a las razones que la entidad mercantil expuso como justificación de su negativa a la entrega del producto adquirido por el demandante arbitral. Interpreta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de

Comercio electrónico dando, en primer lugar, por perfeccionado el contrato on line por el que el comprador adquiriría un teléfono móvil por precio cierto (FJ 3º). (...). En suma, nos hallamos ante una motivación diversa y ajustada a las cuestiones debatidas, que no resulta rechazable por ilógica o extravagante, ni por lo tanto puede tacharse de irrazonable o arbitraria. No existe contravención del concepto de orden público material como sostiene la actora. Cuanto pretende claramente la demanda de anulación es someter a esta Sala una reinterpretación de la prueba, y que llevemos a cabo una valoración diferente de la realizada en el seno del procedimiento arbitral, corrigiendo al mismo tiempo los criterios de interpretación jurídica que aplicó la árbitro en el caso concreto, y ello es evidente que excede de las facultades que como órgano judicial nos vienen permitidas en un cauce tan angosto de revisión como es la acción de nulidad de los laudos arbitrales (...). Los argumentos expuestos en la motivación del laudo no alcanzamos a entender que incurran en palmaria vulneración de los principios o fundamentos nucleares de nuestro sistema jurídico de contratos, ni tampoco que bendigan o respalden —entre otras cosas por esa falta de cuantificación de precios— el afán de injusto enriquecimiento en el comprador, al que —por cierto— se le reduce la compra a un solo producto, encajándolo así en el concepto básico y asumible de consumidor (...). No resulta tampoco asumible la alegación de imposibilidad de defensa de sus derechos que se plasma en la demanda al amparo del art. 41.1º.b LA. Es evidente que la mercantil demandante trata de encajar esta segunda alegación en la modalidad «residual» que se contempla en el precepto, pero no centra su motivo de impugnación en el hecho de haber visto cercenado su campo de acción procesal en el seno del procedimiento arbitral. En realidad cuanto combate en este punto es la motivación del laudo, al discrepar del tratamiento argumental (más bien de la exhaustividad) que la árbitro otorga a la prueba desplegada. Prueba de ello es que, si bien en el anuncio inicial de motivos (...) se expresa el segundo sobre imposibilidad de defensa de sus derechos, se concreta posteriormente en «error patente en la valoración de la prueba» (...). Ya quedó apuntado que las posibilidades de un Tribunal de Justicia para revisar la valoración probatoria que lleve a cabo un árbitro o colegio en el seno de un procedimiento arbitral son ciertamente limitadas. Damos por reproducido cuanto quedó expuesto en los fundamentos dedicados a establecer nuestros parámetros de enjuiciamiento. La alegación (...) de falta de motivación del laudo respecto a la prueba no se orienta preferentemente sobre lo que sería una calificación de irracionalidad argumental, sino que cuanto se denuncia es la falta de exhaustividad. Critica la demanda (...) que en el laudo no se ha tenido en cuenta la documentación aportada por F. a la hora de examinar la alegación de mala fe en el comprador y aprovechamiento del error padecido, y en esto se materializa la causa de nulidad. 1. - A la hora de enfocar este motivo de demanda, no podemos obviar, en primer lugar, que nos hallamos ante un arbitraje de equidad, al que no puede exigírsele idéntico rigor argumental que al arbitraje de Derecho. Entre otras muchas podemos citar la STSJ de Galicia 20/2013, de 10 de mayo, que señalaba en su FJ 2º «...». 2. - Por otra parte, la cita referente a la motivación arbitral que se incluye en la demanda de la STSJ de Andalucía, de 12 de septiembre de 2017, queda superada por cuanto ha establecido el Tribunal Constitucional en su reciente STC 17/2021, de 15 de febrero, a cuyo tenor: «...». 3. - Tal vez el laudo del que dimana el presente proceso pudo ser más explícito a la hora de descender al análisis individualizado de las pruebas practicadas a instancia (en este caso) de la parte actora. Pero no podemos olvidar que el canon de exigencia en la argumentación de la valoración de la prueba que resulta aplicable al arbitraje no resulta equiparable —a la doctrina constitucional nos

remitimos— con el que se predica de la construcción de la sentencia judicial. Por ello, la apreciación de insuficiencia que ahora se nos traslada como base de la acción de nulidad resulta difícilmente asumible, puesto que cuanto se nos pide es que analicemos con criterios jurisdiccionales el contenido de un laudo arbitral, y ello no es posible si partimos —como debemos hacer— del concepto matizado de «equivalente jurisdiccional» del laudo que el propio Tribunal Constitucional ha venido a resaltar. Así, por regresar a la cita de la misma Sentencia que nos sirve de referencia, no podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el propio Tribunal distingue la intensidad del deber de motivación de los laudos arbitrales con respecto a las sentencias judiciales, y llega a decir que si bien en estas últimas el deber de motivación es una exigencia de naturaleza constitucional (art. 24 CE) para las resoluciones arbitrales dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4º LA como requisito de exclusiva configuración legal, hipotéticamente prescindible a instancia del legislador. No es posible, por lo tanto, que nos decantemos por la declaración de nulidad que se pretende por la entidad mercantil sobre el argumento que expone la demandante, relativo a lo que considera una falta de exhaustividad en la motivación probatoria que presenta el laudo impugnado. Ni con carácter específico, ni tampoco bajo el manto de indefensión que se presenta la cuestión en la demanda: no se ha conculcado el derecho de las partes a «hacer valer sus derechos». Estos han sido esgrimidos y desarrollados en el seno del procedimiento arbitral al que voluntariamente se sometieron las partes sin que hallemos reproche a realizar sobre el órgano arbitral por haber causado indefensión a quien ahora, ante una decisión contraria a sus intereses, parece pretender la conversión del procedimiento arbitral en un verdadero proceso judicial, y obtener en esta sede el resultado que no le proporcionó el cauce arbitral que —insistimos— libremente había elegido. No es posible asumir esta intención, incluso en el supuesto en que pudiéramos representarnos otra solución (de Derecho en este caso) de fondo. La opción por el arbitraje no puede a posteriori derivar en una demanda de Justicia ordinaria a través del ejercicio de la acción de nulidad ante un resultado adverso en el escenario arbitral».

«(...) En el tercer motivo se cuestiona por la demandante la neutralidad del árbitro, sobre la base de que no reveló a las partes la resolución de otros asuntos de idéntico objeto, y se añade (...) que dicha circunstancia ha sido conocida por la mercantil «recientemente». Partiendo de la base de cuanto quedó expuesto en el FJ cuarto, hemos de expresar ante todo una duda acerca del conocimiento «reciente» que afirma haber tenido la parte actora del hecho de que la misma árbitro resolvió otros asuntos similares en los que se veía involucrada la F. Es un hecho indiscutido la existencia en esta Sala de muchos otros asuntos en ejercicio de la acción de nulidad contra los laudos dictados con motivo de la misma venta, siendo en todos ellos evidente que se siguieron en su día los correspondientes procedimientos en los que resultaba demandada arbitral la misma empresa. Pero lo esencial es que no se ha probado que la árbitro que intervino en todos estos asuntos fuese objeto de recusación por la F., lo que hubiese sido propio si se advirtiese en ella el riesgo de quiebra de las obligaciones derivadas de su debida neutralidad. Son acertadas en este punto las alegaciones que se contienen en el escrito de contestación a la demanda (...) a la hora de expresar lo forzada que resulta la argumentación del motivo. En todo caso, la no revelación a cada una de las partes demandantes arbitrales de que estaban sustanciándose otros procedimientos por hechos idénticos, no se explica en qué medida pudo determinar una actuación de la árbitro contraria a la deontología exigible en la elaboración jurídica del laudo, ni tampoco en

qué grado la apartó del desempeño normado de su tarea de interpretación y decisión jurídica de la controversia que le fue sometida. No se argumenta, en definitiva, la lesión material que pudo sufrir la empresa vendedora por el hecho de que una misma árbitro resolviese diferentes arbitrajes, siendo en todos ellos demandada. Parece en realidad que se cuestiona sobre un argumento formal (la resolución de varios asuntos idénticos) la profesionalidad o lealtad de la árbitro, sin aportar prueba que pueda respaldar un reproche a su actuación por haber sido intencionadamente en perjuicio de una parte; no puede sostenerse sobre tan genérica imputación como contiene la demanda en este punto una pretensión de nulidad».

[Vid.. Juan Carlos Calvo Corbella, «Pretensión revisoria de Laudos arbitrales amparada en la invocación formal de causales de anulación. El difícil anclaje de la impugnación de laudos por incumplimiento del deber de revelación», *supra*]

EL TSJ DE MADRID RECTIFICA EL FALLO DE ANULACIÓN DEL LAUDO EN EL ASUNTO MAZACRUZ TRAS LA STC 15 FEBRERO 2021, QUE DECLARÓ LA NULIDAD DE LA SENTENCIA 8 ENERO 2018 (STSJ MADRID CP 1ª 21 MAYO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del constitucional — Motivación — Orden público — Improcedencia de la acción de anulación pronunciada por el mismo Tribunal en una sentencia anterior.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 de mayo de 2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación en el asunto *Mazacruz* tras el recurso de amparo admitido por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, que la declaró la nulidad de la sentencia de 8 de enero de 2018

«(...) La lectura del Laudo y de la resolución o laudo complementario que dicta en fecha 25 de mayo de 2017, permite colegir para las partes y para esta Sala, las razones que, desde la perspectiva de la equidad, le llevan a adoptar la solución/soluciones que plasma en el fallo, de forma clara, razonada y razonable, aunque, lógicamente la parte ahora demandante, no las comparta. 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 STC de fecha 15 de febrero de 2021, 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. En definitiva y como señala la STC 15 de marzo de 2021, «...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 o irracional; cuando se haya 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 sometidas la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes». Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal comprensión de las razones por las que el Árbitro resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque alguna parte, pueda lógicamente no estar de acuerdo, dando argumentos, además fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos y otro fuero, por lo que resulta procedente la desestimación del motivo».

«(...) En otro orden de cosas, afirma la inhabilidad de la valoración llevada a cabo por los peritos arbitrales, ya que: (i) la valoración llevada a cabo en el arbitraje por M.A. & A. dirigida a establecer un valor de transacción sobre la empresa; y (ii) su valoración lo ha sido de una empresa en funcionamiento y donde sus activos continúan adscritos a su actividad empresarial y no de la empresa en liquidación a la conduce el propio arbitraje. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Sin perjuicio de la postura, que ante el arbitraje formulado por los ahora demandados, mantenía la ahora parte demandante, en el sentido de solicitar que se dictara laudo parcial dando por concluido el arbitraje por su carácter abusivo y fraudulento, entre otras razones, lo cierto es que más allá de que, quizás, algunos aspectos o cuestiones no hubieran sido objeto de cuestión previamente, lo cierto es que entre las partes litigantes ha surgido una serie de cuestiones discrepantes entre ellas, que llevan a una de las partes a solicitar la declaración del derecho de separación de la sociedad, así como, entre otros pronunciamientos a solicitar del Árbitro que: «Declare y ordene la disolución y liquidación de «M., S. L.», así como la venta de los bienes y activos de la citada sociedad. Es lógico, por tanto, que la parte demandante en dicho procedimiento arbitral, plantee como una de las resoluciones que interesa del Árbitro que: «Establezca y declare el valor de la sociedad «M., S. L.» que a criterio del árbitro corresponda atendida la valoración llevada a cabo al efecto, en el procedimiento de arbitraje, por un experto independiente designado por el propio árbitro». b) Dicha petición no resulta contraria a la letra ni al espíritu del convenio arbitral, contenido en el art. 26 de los Estatutos de M., S. L.», como cabe colegir de su lectura: «Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidos a arbitraje de equidad, regulado por la ley de arbitraje española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho de acudir ante los Tribunales de Justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de acuerdos sociales». Vista la fecha en que se acude al procedimiento arbitral, es claro que la ley aplicable es la vigente LA/2003, sin que de la misma resulte excluida, como materia de arbitraje, la concreta pretensión que impugna la ahora parte demandante. Lo cierto es que el convenio arbitral no limitaba el conocimiento del 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. c) No cabe por tanto considerar que el Laudo haya incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 41.1º.e) LA. El Árbitro se ha sujetado a

resolver una de las cuestiones que se le plantearon. La forma de hacerlo, asesorándose para la determinación de la valoración al informe pericial de la sociedad M.A.&A. elegida por él, es acorde con lo que se le indicó y tiene resguardo en lo prevenido en el art. 25.2º y sobre todo art. 32.1º LA. La valoración de la sociedad está desarrollada en el fundamento quinto del Laudo, de forma razonada y razonable, estableciendo los criterios de los que parte y su enlace con la conclusión a la que llega, apoyada en un informe pericial, que para el Árbitro ha sido suficiente para informarle y formar criterio. Las objeciones que plantea la parte demandante, sin duda legítimas, no son sin embargo más que la discrepancia con lo resuelto por el Árbitro, al que se sometieron las partes para resolver las cuestiones que les afectaban, entre las que el tema de la valoración de la sociedad, como ya expusimos, era consustancial a la pretensión de liquidación de la sociedad, formulada por la parte demandante. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado».

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales internacionales

REPERCUSIONES PARA UN ARBITRAJE CNUDMI DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA EN ORDEN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS Y A LAS INVERSIONES DISTINTAS DE LAS DIRECTAS (STJ GS, 2 SEPTIEMBRE 2021, ASUNTO C-741/19)

Arbitraje — Arbitraje de inversiones — Tratado sobre la Carta de la Energía — Inaplicabilidad entre Estados miembros de la Unión Europea — Laudo arbitral — Control jurisdiccional — Concepto de inversor.

La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 2 septiembre 2021 (asunto C-741/19: *República de Moldavia*) (ponente: L.S. Rossi) declara que los arts. 1, punto 6, y 26, ap. 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, aprobado en nombre de las Comunidades Europeas mediante la Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, deben interpretarse en el sentido de que la adquisición, por una empresa de una Parte contratante de ese Tratado, de un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, no relacionado con una inversión, del que es titular una empresa de un tercer Estado ajeno a dicho Tratado frente a una empresa pública de otra Parte contratante del mismo Tratado no constituye «una inversión» en el sentido de esas disposiciones. Una imitación del anclaje a red, debido a la activación de una opción tarifaria de «tarifa cero», es incompatible con el Derecho de la Unión.

En virtud de una serie de contratos celebrados en 1999, Ukrenergo, productor ucraniano, vendió electricidad a Energoalians, distribuidor ucraniano, que revendió dicha electricidad a Derimen, sociedad registrada en las Islas Vírgenes Británicas, que a su vez revendió dicha electricidad a Moldtranselectro, empresa pública moldava, para su exportación a Moldavia. Los volúmenes de electricidad que debían suministrarse eran pactados cada mes directamente entre Moldtranselectro y Ukrenergo. Ukrenergo suministró dicha electricidad a Moldtranselectro durante los años 1999 y 2000, con excepción de los meses de mayo a julio de 1999, en condiciones «DAF Incoterms 1990», es decir, hasta la parte ucraniana de la frontera entre Ucrania y la República de Moldavia. Derimen abonó íntegramente a Energoalians los importes debidos por la electricidad así adquirida, mientras que Moldtranselectro solo liquidó parcialmente los importes debidos a Derimen por esta electricidad. El 30 de mayo de 2000, Derimen transmitió a Energoalians el crédito del que era titular frente a Moldtranselectro.

Moldtraselectro liquidó solo parcialmente su deuda frente a Energoalians transmitiéndole varios créditos de los que era titular. Energoalians reclamó infructuosamente el pago del saldo de esta deuda por importe de 16.287.185,94 dólares estadounidenses (USD) (aproximadamente 13.735.000 euros) ante los tribunales moldavos y, posteriormente, ante los tribunales ucranianos.

Al estimar que ciertas actuaciones de la República de Moldavia en este contexto constituían incumplimientos graves de las obligaciones derivadas del TCE, Energoalians inició el procedimiento de arbitraje *ad hoc* previsto en el art. 26, ap. 4, letra b), del citado Tratado. Mediante laudo arbitral dictado en París el 25 de octubre de 2013, el tribunal arbitral *ad hoc* constituido para resolver dicha controversia se declaró competente y, al entender que la República de Moldavia había incumplido sus compromisos internacionales, la condenó a pagar una cantidad de dinero a Energoalians sobre la base del TCE.

El 25 de noviembre de 2013, la República de Moldavia interpuso un recurso de anulación ante la *cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París, Francia) contra dicho laudo arbitral, alegando que se había infringido una disposición de orden público, a saber, la relativa a la competencia del tribunal arbitral, con arreglo al art. 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil. Mediante S 12 de abril de 2016, la *cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París) anuló el laudo arbitral, al considerar que el tribunal arbitral que lo había dictado se había declarado competente de forma errónea. Según la *cour d'appel*, la controversia entre Energoalians y la República de Moldavia tenía por objeto un crédito, transmitido por Derimen a Energoalians, relacionado exclusivamente con la compraventa de electricidad. En su opinión, al no mediar aportación alguna por parte de esta última en Moldavia, ese crédito no podía considerarse una «inversión» en el sentido del TCE y fundamentar la competencia de dicho tribunal arbitral.

En el marco de un recurso de casación interpuesto por Komstroy, subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians desde el 6 de octubre de 2014, la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Francia) anuló, mediante S 28 de marzo de 2018, la sentencia de la *cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París) de 12 de abril de 2016, por considerar que dicho órgano jurisdiccional había interpretado el concepto de «inversión» añadiendo un requisito que el TCE no establecía, y remitió a las partes a dicha *cour d'appel*, con una composición diferente.

Ante la *cour d'appel*, la República de Moldavia sostuvo que el mencionado tribunal arbitral debería haberse declarado incompetente. Alega, para empezar, que el crédito que Energoalians adquirió a Derimen, derivado de un contrato de compraventa de electricidad, no es una «inversión» en el sentido del art. 26, ap. 1, del TCE, a la luz del art. 1, punto 6, de dicho Tratado, por lo que no podía ser objeto de un procedimiento de arbitraje, pues ese procedimiento solo está previsto para la parte III del TCE, que se refiere, precisamente, a las inversiones. Añade que, aun suponiendo que ese crédito hubiera podido constituir una «inversión» en el sentido de estas disposiciones, no habría sido realizada por una empresa de una Parte contratante en el TCE, ya que Derimen es una empresa inscrita en las Islas Vírgenes Británicas. Por último, aduce que el mencionado crédito guarda relación con una operación de compraventa de electricidad que no se realizó en el «territorio» de Moldavia, puesto que la electricidad se vendió y transportó únicamente hasta la parte ucraniana de la frontera

entre Ucrania y la República de Moldavia. La sociedad Komstroy alega, en cambio, que dicho tribunal arbitral era competente, de conformidad con el art. 26 TCE, al cumplirse todos los requisitos establecidos por esa disposición en lo que respecta a su competencia.

En estas circunstancias, la *cour d'appel* de París (Tribunal de Apelación de París) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, que luego quedaron reducidas a una. Pero, con anterioridad, debió resolver una cuestión de competencia.

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

«21. El Consejo de la Unión Europea, los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco y Komstroy consideran, en esencia, que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, toda vez que el Derecho de la Unión no es aplicable a la controversia que se dirime en el litigio principal, al ser las partes de esta controversia ajenas a la Unión Europea.

22. A este respecto, procede recordar que, con arreglo al art. 267 TFUE, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

23. Pues bien, de reiterada jurisprudencia se desprende que un acuerdo celebrado por el Consejo, con arreglo a los arts. 217 TFUE y 218 TFUE, constituye, en lo que respecta a la Unión, un acto adoptado por una de sus instituciones, que a partir de la entrada en vigor de tal acuerdo sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión y que, en el marco de este ordenamiento jurídico, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de dicho acuerdo (SS 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, aps. 3 a 6; de 8 de marzo de 2011, Lesoochranárske zoskupenie, C-240/09, ap. 30, y de 22 de noviembre de 2017, Aebtri, C-224/16, ap. 50).

24. El hecho de que el acuerdo de que se trata sea un acuerdo mixto, celebrado por la Unión y un gran número de Estados miembros, no puede, como tal, excluir la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse en el presente asunto.

25. En efecto, procede señalar que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren al concepto de "inversión" en el sentido del TCE.

26. Pues bien, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión dispone, por lo que respecta a las inversiones extranjeras directas, de una competencia exclusiva, con arreglo al art. 207 TFUE, y, por lo que respecta a las inversiones distintas de las directas, de una competencia compartida [dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, aps. 82, 238 y 243].

27. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el TCE, en particular, como se ha señalado en el ap. 24 de la presente sentencia, en el marco de un procedimiento de remisión prejudicial.

28. *Es cierto que, en principio, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar un acuerdo internacional por lo que se refiere a su aplicación en el marco de una controversia no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Así sucede, en particular, cuando esa controversia enfrenta a un inversor de un tercer Estado con otro tercer Estado.*

29. *No obstante, por una parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando una disposición de un acuerdo internacional puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho de la Unión como a situaciones no regidas por este Derecho, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que deba aplicarse dicha disposición (vid., en este sentido, SS 17 de julio de 1997, Giloy, C-130/95, aps. 23 a 28; de 16 de junio de 1998, Hermès, C-53/96, ap. 32, y de 14 de diciembre de 2000, Dior y otros, C-300/98 y C-392/98, ap. 35).*

30. *Habida cuenta de lo expuesto en los aps. 26 y 27 de la presente sentencia, tal es el caso tanto del art. 1, punto 6, del TCE como del art. 26, ap. 1, del TCE, cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente.*

31. *En particular, procede señalar a este respecto que dicho órgano jurisdiccional podría verse obligado, en un asunto directamente comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión, como un litigio relativo a una controversia entre un operador de un tercer Estado y un Estado miembro, a pronunciarse sobre la interpretación de esas mismas disposiciones del TCE. Esto sería posible no solo, como en el caso de autos, en el marco de un recurso de anulación de un laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral cuyo domicilio social se encuentre en el territorio de un Estado miembro, sino también en el caso de que se presentara una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro demandado con arreglo al art. 26, ap. 2, letra a), del TCE.*

32. *Por otra parte y en cualquier caso, es preciso señalar que las partes de la controversia de que se trata en el litigio principal optaron, de conformidad con el art. 26, ap. 4, letra b), del TCE, por someter dicha controversia a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y aceptaron, de conformidad con dicho Reglamento de Arbitraje, que la sede del arbitraje esté establecida en París.*

33. *Esta elección, libremente efectuada por las partes, tiene como consecuencia que el Derecho francés resulte aplicable al litigio principal como *lex fori* en las condiciones y dentro de los límites previstos por ese Derecho. En particular, en virtud del art. 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil, los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra un laudo arbitral dictado en Francia por falta de competencia del tribunal arbitral. Pues bien, el Derecho de la Unión forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 41).*

34. *Por consiguiente, la fijación de la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, en este caso Francia, supone que, a efectos del procedimiento iniciado en el territorio de ese Estado*

miembro, resulta aplicable el Derecho de la Unión, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, con arreglo al art. 19 TUE.

35. Pues bien, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el art. 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del litigio principal, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse [SS 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie (Falsedad documental), C-510/19, ap. 25, y de 15 de abril de 2021, État belge (Elementos posteriores a la decisión de traslado), C-194/19, ap. 22].

36. Es cierto que, en las SS 15 de junio de 1999, Andersson y Wåkerås–Andersson (C-321/97), aps. 28 a 32, y de 15 de mayo de 2003, Salzmann (C-300/01), aps. 66 a 70, el Tribunal de Justicia consideró que la circunstancia de que la cuestión prejudicial planteada emane de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no bastaba para justificar su competencia para interpretar el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, "Acuerdo EEE").

37. Sin embargo, en los asuntos que dieron lugar a esas sentencias, los órganos jurisdiccionales remitentes debían aplicar el Acuerdo EEE a situaciones no regidas por el ordenamiento jurídico de la Unión en la medida en que, contrariamente a la situación controvertida en el litigio principal, esas situaciones se referían a un período anterior a la adhesión a la Unión de los Estados a los que pertenecían dichos órganos jurisdiccionales. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha precisado que su competencia para interpretar el Derecho de la Unión, del que forma parte integrante el Acuerdo EEE, se refería a la aplicación de dicho Derecho en los nuevos Estados miembros únicamente a partir de su fecha de adhesión (vid., en este sentido, SS 15 de junio de 1999, Andersson y Wåkerås–Andersson, C-321/97, ap. 31, y de 15 de mayo de 2003, Salzmann, C-300/01, ap. 69).

38. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede considerar que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sobre la cuestión prejudicial

"39. Mediante su primera cuestión prejudicial, cuyo alcance debe apreciarse teniendo en cuenta el objeto del litigio principal, relativo a la competencia del tribunal arbitral ad hoc que dictó el laudo a que se refiere el ap. 13 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los arts. 1, punto 6, y 26, ap. 1, del TCE deben interpretarse en el sentido de que la adquisición, por una empresa de una Parte contratante de ese Tratado, de un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, no relacionado con una inversión, del que es titular una empresa de un tercer Estado ajeno a dicho Tratado frente a una empresa pública de otra Parte contratante del mismo Tratado puede constituir 'una inversión' en el sentido de esas disposiciones,

a pesar de que dicho crédito no ha implicado aportación alguna por el adquirente en el territorio de la Parte contratante de acogida.

40. Para responder a esta cuestión, procede, antes de nada, como han observado varios Estados miembros que han participado en el procedimiento, precisar qué controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante en relación con una inversión realizada por este en el territorio de la primera pueden someterse a un tribunal arbitral con arreglo al art. 26 del TCE.

41. A este respecto, debe señalarse que, si bien el hecho de que la controversia de que se trata en el litigio principal, basada en el art. 26, ap. 2, letra c), del TCE, oponga a un operador de un tercer Estado a otro tercer Estado no excluye, por las razones indicadas en los aps. 22 a 38 de la presente sentencia, la competencia del Tribunal de Justicia para responder a estas cuestiones, de ello no puede deducirse que esta disposición del TCE se aplique también a una controversia entre un operador de un Estado miembro y otro Estado miembro.

42. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra reconocido, en particular, en el art. 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 32 y jurisprudencia citada).

43. Según jurisprudencia igualmente reiterada del Tribunal de Justicia, la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la Unión y de su Derecho relativas, en particular, a la estructura constitucional de la Unión y a la propia naturaleza de este Derecho. El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí [S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 33 y jurisprudencia citada, y dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019, ap. 109 y jurisprudencia citada].

44. Dicha autonomía reside por tanto en la circunstancia de que la Unión está dotada de un marco constitucional propio. En este marco se incluyen, entre otras, las disposiciones de los Tratados UE y FUE, que establecen, en particular, las normas de atribución y de reparto de competencias, las normas de funcionamiento de las instituciones de la Unión y del sistema jurisdiccional de esta y las normas fundamentales en ámbitos específicos, estructuradas de modo que contribuyen a la realización del proceso de integración recordado en el art. 1 TUE, párrafo segundo [vid., en este sentido, el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019, ap. 110 y

jurisprudencia citada].

45. Para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. Conforme al art. 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva que ese ordenamiento confiere a los justiciables, teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho. Con esta finalidad, ese sistema incluye concretamente el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE [S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, aps. 35 y 36 y jurisprudencia citada y dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019, ap. 111 y jurisprudencia citada].

46. Al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, este procedimiento, que es la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido, tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16,, ap. 37 y jurisprudencia citada).

47. En estas consideraciones debe basarse el examen de la cuestión de si una controversia entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este último en el primer Estado miembro puede someterse a un procedimiento de arbitraje con arreglo al art. 26, ap. 2, letra c), del TCE.

48. Para ello, en primer lugar, procede señalar que, con arreglo al art. 26, ap. 6, del TCE, el tribunal arbitral previsto en el ap. 4 del mismo artículo decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al TCE y a las normas del Derecho internacional aplicables.

49. Pues bien, como se ha indicado en el ap. 23 de la presente sentencia, el propio TCE es un acto del Derecho de la Unión.

50. De ello se deduce que un tribunal arbitral como el previsto en el art. 26, ap. 6, del TCE debe interpretar, e incluso aplicar, el Derecho de la Unión.

51. En consecuencia, procede examinar, en segundo lugar, si dicho tribunal arbitral está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión y, en particular, si se le puede considerar un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del art. 267 TFUE. En efecto, el hecho de que un tribunal creado por Estados miembros esté integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión tiene como consecuencia que sus resoluciones estén sometidas a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de las normas de la Unión (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 43 y jurisprudencia citada).

52. Pues bien, al igual que el tribunal arbitral de que se trataba en el asunto que dio lugar a la S 6

de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), ap. 45, un tribunal arbitral ad hoc como el previsto en el art. 26, ap. 6, del TCE no constituye un elemento del sistema judicial de un Estado miembro, en este caso la República Francesa. Por otra parte, precisamente el carácter excepcional de la jurisdicción de este tribunal arbitral, en relación con la de los órganos judiciales de las Partes contratantes del TCE, constituye una de las principales razones de ser del art. 26, aps. 2, letra c), y 4, del citado Tratado. Ello es tanto más cierto cuanto que, si ese tribunal arbitral formara parte de los órganos jurisdiccionales de una Parte contratante de dicho Tratado, estaría comprendido en los órganos jurisdiccionales mencionados en el art. 26, ap. 2, letra a), del TCE, y el art. 26, ap. 2, letra c), del TCE perdería todo efecto útil.

53. Esta característica de dicho tribunal arbitral implica que, en cualquier caso, este no puede ser calificado de órgano jurisdiccional "de uno de los Estados miembros" en el sentido del art. 267 TFUE, por lo que no está facultado para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia (vid., por analogía, la S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, aps. 46 y 49).

54. En estas circunstancias, queda todavía por comprobar, en tercer lugar, si el laudo dictado por un tribunal arbitral de esta índole está sujeto, en particular conforme al art. 19 TUE, al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y si este control puede asegurar el pleno respeto del Derecho de la Unión, garantizando que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar ese tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial.

55. A tal fin, procede señalar que, según el art. 26, ap. 8, del TCE, los laudos arbitrales serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. Además, con arreglo al art. 26, ap. 4, del TCE, una controversia como la que es objeto del litigio principal puede someterse, en particular, a un tribunal de arbitraje ad hoc en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y dicho tribunal arbitral fija sus propias normas procesales con arreglo a ese Reglamento de Arbitraje.

56. En el caso de autos, como se ha recordado en el ap. 32 de la presente sentencia, las partes de la controversia de que se trata en el litigio principal optaron, con arreglo al art. 26, ap. 4, letra b), del TCE, por someter la controversia a un tribunal de arbitraje ad hoc, establecido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y, de este modo, aceptaron, conforme a dicho Reglamento de Arbitraje, que la sede del arbitraje estuviera establecida en París, lo que hizo aplicable el Derecho francés al procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, que tiene por objeto el control judicial del laudo arbitral dictado por ese tribunal.

57. No obstante, tal control judicial solo puede ser llevado a cabo por el órgano jurisdiccional remitente en la medida en que el Derecho interno del Estado miembro de este lo permita. Ahora bien, el art. 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil solo prevé un control limitado, en particular, con la competencia del tribunal arbitral.

58. Es cierto que, por lo que se refiere al arbitraje comercial, el Tribunal de Justicia ha declarado que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento de arbitraje justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga

carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 54 y jurisprudencia citada).

59. No obstante, un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 26 del TCE se distingue de un procedimiento de arbitraje comercial. En efecto, mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual, con arreglo al art. 26, ap. 3, letra a), del TCE, los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19 TUE, ap. 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (vid., en este sentido, la S 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ap. 34) los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. En estas circunstancias, las consideraciones enunciadas en el apartado anterior, relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 26, ap. 2, letra c), del TCE (vid., en este sentido, la S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 55).

60. Habida cuenta del conjunto de características del tribunal arbitral recordadas en los aps. 48 a 59 de la presente sentencia, procede considerar que, si las disposiciones del art. 26 del TCE que permiten encomendar a dicho tribunal la resolución de una controversia pudieran aplicarse a una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, ello implicaría que, mediante la celebración del TCE, la Unión y los Estados miembros partes del mismo habrían establecido un mecanismo de resolución de tal controversia que podría impedir que esta sea dirimida, a pesar de que pudiera referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho (vid., por analogía, la S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 56).

61. Es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones de la Unión, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican necesariamente la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 57 y jurisprudencia citada).

62. Sin embargo, el ejercicio de la competencia de la Unión en materia internacional no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de

manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho.

63. En efecto, tal posibilidad, como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), ap. 58, y como ha señalado en esencia el Abogado General en el punto 83 de sus conclusiones, podría poner en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado, en particular, por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE.

64. A este respecto, procede subrayar que, a pesar del carácter multilateral del acuerdo internacional del que forma parte, una disposición como el art. 26 del TCE tiene por objeto regular, en realidad, las relaciones bilaterales entre dos de las Partes contratantes, de manera análoga a la disposición del Tratado Bilateral de Inversión de que se trataba en el asunto que dio lugar a la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16,), ap. 58.

65. De ello se deduce que, aunque el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también Partes contratantes de dicho Tratado respecto de inversiones que estos hayan realizado en dichos Estados miembros, la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho de la Unión se opone a que el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí.

66. Habida cuenta de lo anterior, procede concluir que el art. 26, ap. 2, letra c), del TCE debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro.

67. A continuación, procede señalar que, en virtud del art. 1, punto 6, párrafo primero, del TCE, el concepto de "inversión" designa "cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor" que abarque alguno de los elementos mencionados en las letras a) a f) de dicha disposición. Por otra parte, el art. 1, punto 6, párrafo tercero, del TCE indica, en particular, que el término "inversión" "se referirá a toda inversión relacionada con una actividad económica en el sector de la energía". Así pues, el párrafo primero de esta disposición define el concepto mismo de "inversión", mientras que el párrafo tercero precisa que no todas las inversiones que correspondan a la definición dada en el párrafo primero están comprendidas en el ámbito de aplicación del TCE, que abarca únicamente las inversiones relacionadas con una actividad económica en el sector de la energía.

68. Por consiguiente, es preciso comprobar, en primer lugar, si el crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad está comprendido en el concepto de "inversión" a que se refiere el art. 1, punto 6, párrafo primero, del TCE antes de comprobar en segundo lugar, en caso de que así sea, si esa inversión está relacionada con una actividad económica en el sector de la energía en el sentido del párrafo tercero de dicha disposición.

69. Por lo que respecta al concepto de "inversión" contemplado en el art. 1, punto 6, párrafo

primero, del TCE, ha de señalarse que este concepto se caracteriza por dos requisitos acumulativos. Primero, debe tratarse de cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor y, segundo, este activo debe abarcar al menos uno de los elementos previstos en las letras a) a f) de dicha disposición.

70. Por lo que respecta al primer requisito, debe señalarse que este se cumple en el caso de autos. En efecto, un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad constituye un activo poseído directamente por un inversor, teniendo en cuenta que el término "inversor", definido en el art. 1, punto 7, del TCE y empleado entre otros en el art. 26, ap. 1, del TCE, designa en particular, en lo que respecta a una Parte contratante como Ucrania, a toda empresa constituida con arreglo a la legislación aplicable en esa Parte contratante. Por consiguiente, debe considerarse que Komstroy es un inversor que posee directamente un activo en forma de crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad. A este respecto, debe señalarse que el hecho de que Komstroy haya adquirido el crédito de una empresa de un tercer Estado ajeno al TCE no puede poner en entredicho su condición de "inversor" en el sentido del TCE, puesto que, como ha señalado el Abogado General en el punto 138 de sus conclusiones, una inversión puede, en virtud del propio art. 1, punto 7, del TCE, estar constituida por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE.

71. En cuanto al segundo requisito, procede señalar que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad podría, a priori, estar comprendido tanto en el ámbito de aplicación del art. 1, punto 6, párrafo primero, letra c), del TCE como en el del art. 1, punto 6, párrafo primero, letra f), del TCE.

72. Por lo que atañe, en primer término, al art. 1, punto 6, párrafo primero, letra f), del TCE, se incluye en el concepto de "inversión", en el sentido de esta disposición, "cualquier derecho conferido por [...] contrato [...] para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía". Pues bien, un crédito puede considerarse un "derecho conferido por [...] contrato". Sin embargo, como ha señalado en esencia el Abogado General en el punto 122 de sus conclusiones, "no puede considerarse que un crédito derivado de un mero contrato de compraventa de electricidad se haya conferido, como tal, para emprender una actividad económica en el sector de la energía.

73. En segundo término, por lo que respecta al art. 1, punto 6, párrafo primero, letra c), del TCE, esta disposición precisa que el concepto de 'inversión' comprende "créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión". Por consiguiente, procede comprobar si un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad puede asimilarse a tales créditos.

74. A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que el crédito controvertido en el litigio principal es pecuniario en la medida en que de la petición de decisión prejudicial resulta que constituye un crédito de dinero y que su valor en efectivo asciende a 16.287.185,94 USD, como se ha recordado en el ap. 11 de la presente sentencia.

75. En segundo lugar, dicho crédito tiene su origen en un contrato, a saber, el contrato de suministro de electricidad celebrado entre Moldtraselectro y Derimen, que tiene un valor económico puesto que dicho suministro se concedió a cambio del pago de una cantidad de dinero.

76. Queda por determinar, en tercer lugar, si dicho crédito tiene su origen en un contrato relacionado con una inversión.

77. A este respecto, nada en los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia permite considerar que el contrato de suministro de electricidad celebrado entre Moldtraselectro y Derimen esté relacionado con cualquier otra operación, que constituya o no una inversión.

78. En efecto, la relación contractual entre Moldtraselectro y Derimen se refería únicamente al suministro de electricidad, que era generada por otros operadores ucranianos que se limitaban a venderla a Derimen.

79. En este contexto, procede considerar que un mero contrato de suministro es una operación comercial que, como tal, no puede constituir una "inversión" en el sentido del art. 1, punto 6, del TCE, con independencia incluso de si una aportación es necesaria para que una operación determinada constituya una inversión.

80. Cualquier otra interpretación de esta disposición equivaldría a privar de efecto útil a la distinción clara que el TCE realiza entre el comercio, regulado por la parte II de este Tratado, y las inversiones, reguladas por la parte III de este.

81. Pues bien, esta distinción refleja el objetivo del TCE, tal como se desprende de su preámbulo, consistente en "catalizar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio en energía". Estas dos categorías de medidas se corresponden con la estructura de dicho Tratado, que regula, por un lado, las inversiones y, por otro, el comercio.

82. A este respecto, es preciso subrayar que el art. 26 del TCE se aplica a las controversias relativas a supuestos incumplimientos de las obligaciones derivadas de la parte III de dicho Tratado, relativas a la promoción y protección de las inversiones, y no en virtud de la parte II de este, relativa al comercio. Esta distinción refleja una de las principales razones de ser de las normas de protección específicas para los inversores extranjeros, que consiste en que las operaciones de inversión implican la inmovilización de recursos en el extranjero que, por lo general, no pueden repatriarse fácilmente en caso de litigio.

83. En el caso de autos, ningún dato comunicado al Tribunal de Justicia permite excluir que el suministro de electricidad a Moldtraselectro hubiera podido ser reorientado por Derimen y propuesto a otros operadores, máxime cuando, en cualquier caso, la propia producción de esta electricidad dependía de los pedidos que Moldtraselectro realizaba directamente a Ukrenergo, mientras que esta última vendía dicha electricidad a Energoalians, que la revendía a Derimen. En estas circunstancias, Derimen habría podido interrumpir o reducir el suministro de electricidad a Moldtraselectro sin que ello implicara la inmovilización de sus recursos en Moldavia.

84. Dado que el crédito controvertido en el litigio principal no constituye una "inversión" en el sentido del art. 1, punto 6, párrafo primero, del TCE, no es necesario determinar si se cumple el requisito previsto en el párrafo tercero de dicha disposición y mencionado en los aps. 67 y 68 de la presente sentencia.

85. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada que los arts. 1, punto 6, y 26, ap. 1, del TCE deben interpretarse en el sentido de que la adquisición, por una empresa de una Parte contratante de ese Tratado, de un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, no relacionado con una inversión, del que es titular una empresa de un tercer Estado ajeno a dicho Tratado frente a una empresa pública de otra Parte contratante del mismo Tratado no constituye "una inversión" en el sentido de esas disposiciones».

[Vid.. Fernando Bedoya y Javier Tarjuelo Pozo, «La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales», y Rafael Gil Nieva, «Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU's Reasoning», *supra*]

EL DERECHO DE LA UNIÓN PROHÍBE QUE UN ESTADO MIEMBRO CELEBRE UN CONVENIO ARBITRAL DE CONTENIDO IDÉNTICO A UNA CLÁUSULA ARBITRAL NULA QUE SE RECOGE EN UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS (STJ GS 26 OCTUBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje de inversiones — Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones — Cláusula arbitral — Compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea — Obligación del juez nacional de anular el laudo.

Basándose en la sentencia *Achmea*, la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 26 de octubre de 2021 (ponente: L.S. Rossi) (as . C–109/20: *PL Holdings*) confirma que es contraria al Derecho de la Unión la cláusula arbitral que se recoge en el TBI, a tenor de la cual un inversor de uno de los Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro que haya celebrado dicho TBI, iniciar un procedimiento arbitral contra este último Estado ante un tribunal arbitral cuya competencia se haya comprometido a aceptar ese Estado. Por tanto, el juez nacional está obligado a anular un laudo arbitral adoptado sobre la base de ese convenio arbitral.

En 2013 se suspendieron los derechos de voto de PL Holdings —una sociedad luxemburguesa— vinculados a las acciones que dicha sociedad poseía en un banco polaco y se ordenó la venta forzosa de esas acciones. Como estaba en desacuerdo con esta decisión, adoptada por la Komisja Nadzoru Finansowego (Comisión de Supervisión Financiera, Polonia), PL Holdings resolvió iniciar un procedimiento arbitral contra Polonia. Para ello, basándose en el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo, por una parte, y el Gobierno de la República Popular de Polonia, por otra, sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones,

firmado el 19 de mayo de 1987 (TBI), PL Holdings se dirigió al tribunal arbitral previsto en una cláusula arbitral que se recoge en dicho tratado.

Mediante dos laudos de 28 de junio y 28 de septiembre de 2017, el tribunal arbitral declaró que era competente para conocer de la controversia en cuestión; hizo constar que Polonia había incumplido sus obligaciones derivadas del TBI, y la condenó a pagar a PL Holdings una indemnización de daños y perjuicios. El recurso por el que se solicita la anulación de los laudos arbitrales interpuesto por Polonia ante el *Svea hovrätt* (Tribunal de Apelación con sede en Estocolmo, Suecia) fue desestimado. Dicho órgano jurisdiccional declaró, en particular, que, aunque la cláusula arbitral que se recoge en el TBI —según la cual una controversia relativa a dicho tratado debe ser resuelta por un organismo de arbitraje— es nula, esa nulidad no impide a un Estado miembro y a un inversor de otro Estado miembro celebrar, en un momento posterior, un convenio arbitral *ad hoc* para resolver esa controversia.

El *Högsta domstolen* (Tribunal Supremo, Suecia), que conoce del recurso de casación contra la resolución del tribunal de apelación, decidió dirigirse al Tribunal de Justicia para aclarar si los arts. 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* entre las partes del litigio, dado que dicho convenio tiene un contenido idéntico a una cláusula arbitral que se recoge en el TBI y que es contraria al Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia, constituido en Gran Sala, desarrolla su jurisprudencia derivada de la sentencia *Achmea* y declara que el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral de esas características. De acuerdo con el Tribunal de Justicia:

Sobre la cuestión prejudicial

«34. Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el art. 267 TFUE, corresponde a este proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular en su caso las cuestiones que se le han planteado (S 15 de julio de 2021, Ministrstvo za obrambo, C-742/19, ap. 31 y jurisprudencia citada).

35. Según lo declarado por el órgano jurisdiccional remitente, ha quedado acreditado, en el asunto principal, que la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI es nula por vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, su plena eficacia y su aplicación uniforme, y que no puede iniciarse válidamente ningún procedimiento arbitral sobre la base de dicha cláusula arbitral.

36. Si bien PL Holdings inició originalmente un procedimiento arbitral contra la República de Polonia sobre la base del art. 9 del TBI, afirmó a continuación que su solicitud de arbitraje, en lugar de constituir la aceptación de la propuesta de arbitraje de la República de Polonia que se recoge en el art. 9 del TBI, debía considerarse una propuesta de arbitraje del mismo contenido que la República de Polonia había aceptado implícitamente, ya que esta no había impugnado válidamente la competencia del tribunal arbitral en el plazo previsto a tal efecto por el Derecho sueco, aplicable a dicho procedimiento arbitral. Por tanto, según el órgano jurisdiccional

remitente, ese convenio sustituyó a la citada cláusula arbitral en el contexto del TBI, que siguió aplicándose al mismo procedimiento arbitral sobre esta nueva base jurídica. La República de Polonia fue condenada finalmente por la infracción del TBI.

37. En estas circunstancias, procede considerar que, mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral ad hoc que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos.

38. Con carácter preliminar, debe precisarse que esta cuestión prejudicial se basa en la premisa de que, habida cuenta de la nulidad de la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI, la República de Polonia había aceptado tácitamente, sobre la base del Derecho sueco aplicable, la propuesta de arbitraje de PL Holdings, al no haber impugnado a su debido tiempo la competencia del tribunal arbitral, y, de ese modo, había celebrado con dicha sociedad un convenio arbitral ad hoc pero de idéntico contenido a la cláusula arbitral basada en el art. 9 del TBI.

39. A este respecto es preciso recordar que, en el marco del procedimiento establecido en el art. 267 TFUE, basado en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional (S 6 de marzo de 2018, SEGRO y Horváth, C-52/16 y C-113/16, ap. 98 y jurisprudencia citada).

40. Por tanto, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar, con carácter previo, todos los elementos fácticos que rodean a la situación objeto del litigio principal para determinar la posible existencia de la voluntad de la República de Polonia, que esta niega, de aceptar la propuesta de arbitraje de PL Holdings.

41. No obstante, debe señalarse que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la República de Polonia cuestionó de entrada la competencia del tribunal arbitral sobre la base del TBI. Así, antes de nada, manifestó, en su escrito de 30 de noviembre de 2014 dirigido a la secretaría de la SCC, su intención de invocar que no existía un convenio arbitral válido. Además, en su escrito de contestación de 13 de noviembre de 2015 presentado ante el tribunal arbitral, impugnó la competencia de este, alegando que PL Holdings no era un "inversor" en el sentido del TBI. Por último, en su escrito de 27 de mayo de 2016, pocos días después de que se presentase ante el Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial en el asunto que dio lugar a la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), alegó que el tribunal arbitral no era competente para conocer de la controversia objeto del litigio principal debido a la invalidez de la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI, única base sobre la cual PL Holdings había fundamentado su solicitud de arbitraje, dado que dicha cláusula era contraria al Derecho de la Unión.

42. En este contexto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta las objeciones formuladas por la República de Polonia a lo largo de todo el procedimiento arbitral para determinar la posible existencia de la voluntad de dicho Estado miembro de celebrar, a pesar de la nulidad de la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI y, por tanto, del fundamento jurídico invocado por PL Holdings para iniciar el procedimiento arbitral, un convenio arbitral ad hoc de idéntico contenido a la cláusula mencionada. Concretamente, dicho órgano jurisdiccional deberá asegurarse de que la solicitud de arbitraje de PL Holdings de 28 de noviembre de 2014, según el art. 2 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC de 2010, permite, junto con la conducta posterior de la República de Polonia, deducir claramente la existencia de un convenio arbitral ad hoc entre aquel inversor y la República de Polonia, y de que, por tanto, esta ha tenido la posibilidad de impugnar eficazmente la validez de tal convenio ante el tribunal arbitral.

43. Por tanto, solo para el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que la República de Polonia consintió efectivamente de manera tácita en quedar vinculada por tal convenio arbitral ad hoc, cuyo contenido era idéntico al de la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI, debe examinarse si la celebración de tal convenio en esas condiciones es conforme con el Derecho de la Unión.

44. A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro (S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 60).

45. En efecto, mediante la celebración de un acuerdo de este tipo, los Estados miembros que son parte de tal acuerdo se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19 TUE, ap. 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (vid., en este sentido, la S 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ap. 34) los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. Por tanto, tal acuerdo puede impedir que esos litigios sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia de ese Derecho (vid., en este sentido, la S 2 de septiembre de 2021, Komstroy, C-741/19, aps. 59 y 60 y jurisprudencia citada).

46. Consta que la cláusula arbitral que se recoge en el art. 9 del TBI, al igual que la que fue objeto del asunto que dio lugar a la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), puede llevar a un organismo de arbitraje a pronunciarse en litigios que pueden referirse a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión. Por consiguiente, esta cláusula arbitral puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho de la Unión, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial

previsto en el art. 267 TFUE. Así pues, dicha cláusula no es compatible con el principio de cooperación leal que establece el art. 4 TUE, ap. 3, párrafo primero, y vulnera la autonomía del Derecho de la Unión consagrada, entre otros, en el art. 344 TFUE (vid., en este sentido, la S 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, aps. 58 y 59). Además, como confirma el art. 4, ap. 1, del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros de la Unión Europea, desde la fecha de adhesión de la República de Polonia a la Unión el 1 de mayo de 2004, el art. 9 del TBI ya no podía servir de fundamento a un procedimiento arbitral entre un inversor y dicho Estado miembro.

47. Pues bien, permitir que un Estado miembro que es parte en un litigio que puede referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión someta ese litigio a un organismo de arbitraje con las mismas características que el previsto por una cláusula arbitral nula recogida en un acuerdo internacional como el mencionado en el ap. 44 de la presente sentencia, mediante la celebración de un convenio arbitral ad hoc del mismo contenido que dicha cláusula, supondría en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del art. 4 TUE, ap. 3, y de los arts. 267 TFUE y 344 TFUE, tal como fueron interpretados en la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16).

48. En efecto, antes de nada, tal convenio arbitral ad hoc produciría, respecto del litigio en cuyo marco se hubiese celebrado, los mismos efectos que se derivarían de esa cláusula. La razón de ser de este convenio sería precisamente sustituir a la cláusula arbitral que se recoge en una disposición como el art. 9 del TBI para mantener los efectos de esta pese a su nulidad.

49. Además, como ha señalado acertadamente la Comisión Europea, las consecuencias de esta elusión de las obligaciones del Estado miembro afectado derivadas de las disposiciones mencionadas en el ap. 47 de la presente sentencia no serían menos graves por el hecho de que se tratase de un caso individual. En efecto, el enfoque jurídico que plantea PL Holdings podría adoptarse en numerosos litigios que pudieran referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, vulnerando con ello de manera reiterada la autonomía de tal Derecho.

50. Debe señalarse también que cada solicitud de arbitraje dirigida a un Estado miembro por un inversor de otro Estado miembro sobre la base de una cláusula arbitral que figure en un tratado bilateral de inversión entre esos dos Estados miembros podría suponer, pese a la nulidad de dicha cláusula, una propuesta de arbitraje respecto del Estado miembro demandado de que se tratase, respecto del cual cabría considerar en ese caso que ha aceptado tal propuesta por el mero hecho de no haber formulado alegaciones específicas contra la existencia de un convenio arbitral ad hoc. Pues bien, tal situación tendría como consecuencia mantener los efectos del compromiso, contraído por dicho Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión y, en consecuencia, viciado de nulidad, de aceptar la competencia del organismo de arbitraje que conociese del asunto.

51. Asimismo, la validez del título en el que se basa la competencia de un organismo de arbitraje, en relación con los arts. 267 TFUE y 344 TFUE, no puede depender de la conducta de las partes de la controversia de que se trate, y muy especialmente de la del Estado miembro que haya infringido tales artículos, que ha ocasionado la nulidad de la cláusula arbitral en virtud de la cual dicho

organismo de arbitraje conoce del litigio. Pues bien, si de la conducta de un Estado miembro se dedujera que este manifestó alguna voluntad de reconocer la competencia de dicho organismo de arbitraje, esta voluntad coincidiría necesariamente con la expresada al convenir aquella cláusula arbitral y, por tanto, no podría constituir el fundamento de tal competencia.

52. Por último, tanto de la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), como de los principios de primacía del Derecho de la Unión y de cooperación leal se deriva que los Estados miembros no solo no pueden comprometerse a sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión los litigios que puedan referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, sino también que, cuando un litigio de ese tipo se plantea ante un organismo de arbitraje en virtud de un compromiso contrario a dicho Derecho, están obligados a impugnar, ante ese organismo de arbitraje o ante el órgano jurisdiccional competente, la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral ad hoc en virtud de los cuales dicho organismo conozca del litigio.

53. Así lo confirma, por otra parte, el art. 7, letra b), del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros de la Unión Europea, a tenor del cual, cuando las Partes Contratantes sean parte en tratados bilaterales de inversión sobre cuya base se hayan iniciado procedimientos de arbitraje pendientes, deberán, en particular, cuando sean parte en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un tratado bilateral de inversión, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y de hacerlo cumplir, según el caso. Esta norma es aplicable mutatis mutandis a una situación en la que el procedimiento arbitral iniciado con fundamento en una cláusula arbitral nula por no ser conforme con el Derecho de la Unión continúa sobre la base de un convenio arbitral ad hoc celebrado entre las partes con arreglo al Derecho nacional aplicable y cuyo contenido sea idéntico al de dicha cláusula.

54. Así, cualquier intento por parte de un Estado miembro de subsanar la nulidad de una cláusula arbitral mediante un convenio con un inversor de otro Estado miembro contravendría la obligación del primer Estado miembro de impugnar la validez de la cláusula arbitral y podría viciar de ilegalidad la causa misma de dicho convenio, porque esta sería contraria a las disposiciones y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Unión mencionados en el ap. 46 de la presente sentencia.

55. En estas circunstancias, corresponde al juez nacional estimar una pretensión de anulación de un laudo arbitral adoptado sobre la base de un convenio arbitral que infrinja los arts. 267 TFUE y 344 TFUE y los principios de confianza mutua, de cooperación leal y de autonomía del Derecho de la Unión.

56. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral ad hoc que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por

ser contraria a esos mismos artículos».

Sobre la pretensión de limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia que se dicte

«57. PL Holdings ha solicitado al Tribunal de Justicia que, en el supuesto de que declare que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un convenio arbitral celebrado entre un Estado miembro y un inversor privado de otro Estado miembro, limite en el tiempo los efectos de la sentencia que se dicte para que no afecte a los procedimientos de arbitraje que se hayan incoado de buena fe sobre la base de convenios arbitrales ad hoc celebrados antes de que se pronuncie tal sentencia.

58. Para resolver esta solicitud, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la interpretación que el Tribunal de Justicia hace, en el ejercicio de la competencia que le confiere el art. 267 TFUE, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (S 17 de marzo de 2021, Academia de Studii Economice din București, C-585/19, ap. 78 y jurisprudencia citada).

59. Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (S 17 de marzo de 2021, Academia de Studii Economice din București, C-585/19, ap. 79 y jurisprudencia citada).

60. Más específicamente, el Tribunal de Justicia solo ha recurrido a esta solución en circunstancias muy concretas, en especial cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de la normativa que se consideraba válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los propios comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión (S 17 de marzo de 2021, Academia de Studii Economice din București, C-585/19, ap. 80 y jurisprudencia citada).

61. Es preciso recordar también que la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de una disposición de Derecho de la Unión con arreglo al art. 267 TFUE solo puede admitirse en la propia sentencia que resuelva sobre la interpretación solicitada.

Este principio garantiza la igualdad de trato de los Estados miembros y de los demás justiciables frente al Derecho de la Unión y cumple, de esa manera, las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica (S 23 de abril de 2020, Herst, C-401/18, ap. 57 y jurisprudencia citada).

62. En el caso de autos, por lo que respecta, por una parte, al criterio de la buena fe, PL Holdings alega que el presente asunto es el primero en el que se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez de un convenio arbitral ad hoc como el controvertido en el litigio principal. Cuando se celebró dicho convenio arbitral, nada indicaba que fuera contrario al Derecho de la Unión, ya que el Tribunal de Justicia dictó la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), después de que se dictaran los laudos arbitrales de 28 de junio y de 28 de septiembre de 2017. Por lo demás, PL Holdings afirma que se basó en la conducta de la República de Polonia, incluida la participación de esta en el procedimiento arbitral sin proponer a su debido tiempo una excepción de incompetencia del tribunal arbitral sobre la base del Derecho de la Unión.

63. Por otra parte, en cuanto al criterio de los trastornos graves, PL Holdings sostiene que la sentencia que se dicte puede afectar a un gran número de actores individuales que han celebrado convenios arbitrales con Estados miembros en el marco de diferentes tipos de contratos. Por otro lado, nada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia indica que el concepto de "trastornos graves" no pueda incluir una situación en la que una sociedad establecida en la Unión, como PL Holdings, que actúa de buena fe, haya sido inicialmente objeto de una expropiación ilegal contraria al Derecho de la Unión, en concreto a su libertad de establecimiento garantizada en los arts. 49 TFUE y 54 TFUE, y, a continuación, se haya visto privada de su derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

64. A este respecto, como ha señalado la Abogada General en el punto 84 de sus conclusiones, los elementos de interpretación de los arts. 267 TFUE y 344 TFUE pertinentes a efectos del presente asunto derivan directamente de la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16), cuyos efectos en el tiempo no limitó el Tribunal de Justicia.

65. En efecto, permitir a un Estado miembro sustituir una cláusula arbitral que se recoge en un acuerdo internacional entre Estados miembros mediante la celebración de un convenio arbitral ad hoc para que pueda continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de dicha cláusula equivaldría, como se ha declarado en el ap. 47 de la presente sentencia, a eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, muy especialmente, del art. 4 TUE, ap. 3, y de los arts. 267 TFUE y 344 TFUE, tal como han sido interpretados en la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16).

66. Así, una limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia implicaría, en realidad, limitar los efectos de la interpretación de estas disposiciones hecha por el Tribunal de Justicia en la S 6 de marzo de 2018, Achmea (C-284/16).

67. Además, en cuanto a los trastornos graves alegados, debe señalarse que, por lo que respecta, por una parte, a la supuesta repercusión que la presente sentencia podría tener en los convenios arbitrales celebrados por los Estados miembros para diferentes tipos de contratos, la

interpretación del Derecho de la Unión hecha en esta sentencia solo se refiere a los convenios arbitrales ad hoc celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, que se resumen, en particular, en el ap. 65 de la presente sentencia.

68 Por otra parte, la protección de los derechos subjetivos que el Derecho de la Unión confiere a PL Holdings debe garantizarse en el marco del sistema jurisdiccional de los Estados miembros (en el presente asunto, el sistema jurisdiccional polaco). Por consiguiente, si se acreditara la existencia de la laguna en la protección de esos derechos alegada por PL Holdings, esta laguna tendría que corregirse dentro de ese sistema, en su caso con la cooperación del Tribunal de Justicia en el marco de sus competencias, sin que tal laguna pudiera justificar que se tolerara la inobservancia de las disposiciones y principios fundamentales mencionados en el ap. 65 de la presente sentencia.

69. En estas circunstancias, procede desestimar la pretensión de PL Holdings de que se limiten en el tiempo los efectos de la sentencia que se dicte, sin que sea necesario comprobar la buena fe de dicha sociedad».

[Vid.. Fernando Bedoya y Javier Tarjuelo Pozo, «La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales», *supra*]

ASOCIACIÓN EUROPEA DE ARBITRAJE



Convenio de colaboración entre Global Sportainment y la Asociación Europea de Arbitraje (17 noviembre 2021)



El presidente de la Asociación Europea de Arbitraje (AEA), Javier Íscar, y el CEO de Global Sportainment y director de Global Esports Summit, Antonio Lacasa, han firmado el 17 de noviembre de 2021 un convenio de colaboración mediante el cual, ambas entidades se comprometen a la promoción y difusión del arbitraje, como sistema eficaz en la solución de controversias dentro de todo el ecosistema de los esports.

Posteriormente, durante el transcurso de un desayuno informal, al que asistieron también la secretaria general de AEA, Pilar Pulido; el secretario Técnico del Comité de Expertos en Industria del Deporte y el Entretenimiento (CEIDE) de AEA, Manuel Martínez de León; y el vicepresidente, Miguel Ángel Serrano; se comentó extensivamente la situación del sector y la necesidad de introducir el arbitraje como una fórmula de solución de conflictos óptima para el sector.

La Asociación apostó por la creación de este Comité de Expertos con el objetivo de impulsar el uso del arbitraje y la mediación en todas las operaciones con base contractual que desarrollan en el sector de los esports, de ahí que su alianza con Global Sportainment, sea una arteria principal para alcanzar a todo el ecosistema.

Antonio Lacasa, se mostró «satisfecho» de este acuerdo de colaboración que ofrecerá a todo el entorno «una posibilidad real de solución de conflictos de forma rápida y eficaz, a través de un arbitraje entre las partes. Esta opción abarcará todo el mercado europeo e iberoamericano».

Por su parte, Javier Íscar, declaró que «el acuerdo alcanzado hoy entre la Asociación Europea de Arbitraje, a través del CEIDE, y Global Sportainment, permitirá dotar de una mayor seguridad jurídica a las relaciones contractuales derivadas de la industria de los eSports y el entretenimiento digital, un sector al alza en los últimos años y por el que apostamos firmemente aportando nuestra especialización técnica e independencia como Corte de Arbitraje».

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ



Nuevo director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá



El presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá, Nicolás Uribe, nombró en director del Centro de Arbitraje y Conciliación a Gustavo Andrés Piedrahita en septiembre de 2021. Gustavo Andrés Piedrahita ejercía el cargo de subdirector del Centro desde hace dos años y de director encargado durante los últimos 5 meses. En este tiempo, ha liderado la transformación digital de los servicios del Centro de Arbitraje y Conciliación y con ello, la agilidad y eficiencia en la resolución de controversias.

Es abogado, especialista en derecho comercial, financiero y ambiental, y magíster en Derecho Mercantil. Piedrahita ejercía el cargo de subdirector del Centro desde hace dos años, además de desempeñarse como docente de pregrado y posgrado en las Universidades de La Sabana, Javeriana, del Rosario y Sergio Arboleda.

También es codirector de la maestría en Arbitraje Nacional, Internacional y de Inversión de la Universidad del Rosario. Desde su llegada a la dirección y con motivo del confinamiento, lideró la transformación digital de los servicios de Arbitraje, Conciliación, Amigable Composición y toda la oferta que el Centro ha dispuesto para que el empresariado, los/as emprendedores/as y la ciudadanía solucionen sus conflictos y controversias de manera más ágil.

El Centro de Arbitraje y Conciliación, creado hace 38 años, es el escenario de resolución alternativa de controversias más importante de la región.

De acuerdo con el nuevo Director, en el CAC trabajamos todos los días de manera ardua y dedicada para brindar el mejor servicio en métodos alternativos de solución de conflictos.

Además de contar con los mejores operadores en nuestras listas, y prestar un excelente servicio en materia de resolución alternativa de conflictos, desde hace ya varios años venimos trabajando en diferentes proyectos relacionados con el uso de nuevas tecnologías en la administración de justicia y el impacto de estas en las actividades que desarrollan los empresarios, comerciantes y emprendedores».

Las nuevas tecnologías han impuesto dinámicas distintas, marcadas por transformaciones aceleradas en el mundo del comercio, las finanzas, la protección del medio ambiente, la contratación pública y privada, o los flujos de capital. Por esta razón el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá trabaja para ser referente en la solución de controversias en los nuevos ámbitos que surgen y donde el derecho y la tecnología se entrecruzan.

CENTRO ESPAÑOL DE MEDIACIÓN

Intervención de Rafael Catalá, en un acto celebrado en la Cámara de Comercio de Valladolid el 23 de septiembre de 2021



La mediación es la alternativa más rápida y económica para las empresas ante la creciente saturación de los tribunales de justicia como consecuencia de la crisis del Covid-19. Así lo aseguró el presidente del Centro Español de Mediación (CEM), Rafael Catalá, durante su intervención en un acto celebrado el 23 de septiembre de 2021 en la Cámara de Comercio de Valladolid y que ha tenido por objeto analizar el papel de las cámaras de comercio en la resolución de disputas empresariales. En concreto, Catalá recalcó que, en base a las estadísticas del poder judicial, los juzgados y tribunales ordinarios se están demorando hasta cuatro años en dictar sentencia «mientras que una mediación se tramita en menos de dos meses». Por ello, en su opinión, ha llegado el momento de apostar por un mecanismo que no solo ahorra tiempo y dinero a empresas y particulares, sino que además contribuye a un mejor funcionamiento del Estado de Derecho en general y del sistema judicial, en particular.

Por su parte, el presidente de la Cámara de Comercio de Valladolid, Víctor Caramanzana, ha señalado que, actualmente en España se acumulan alrededor de ocho millones de litigios en curso, de los cuales tres millones están pendientes de ser atendidos. «Este aumento de la litigiosidad nos lleva a la imperiosa necesidad de frenar el colapso judicial y hacer más sostenible nuestro sistema jurisdiccional» ha insistido Caramanzana, que se ha mostrado convencido de que «desde las instituciones tenemos la responsabilidad de potenciar la cultura del diálogo y el acercamiento de posturas».

La Cámara de Valladolid cuenta desde 2012 con su propio servicio de mediación, al que se han adherido 28 colegios profesionales. Caramanzana ha recordado que el organismo lleva más de una década trabajando por la implantación de este sistema de resolución de disputas en la provincia y que, además, es pionero en la puesta en marcha de un proyecto piloto que busca «facilitar el

entendimiento entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos».

Por su parte, el vicepresidente del CEM, Adolfo Díaz-Ambrona, puso en valor el papel que desempeñan las diferentes cámaras de comercio con este tipo de servicios de mediación pues «ayudan a las empresas a ser más competitivas y a tener más éxito».

Cerró el acto el consejero de Presidencia de la Junta de Castilla y León, Ángel Mariano Ibáñez, quien aseveró que «las cámaras de comercio pueden tener un papel muy importante como mediadoras en conflictos comerciales, en un momento en que se está produciendo un notable incremento de asuntos en todos los órdenes jurisdiccionales». Ibáñez aprovechó para adelantar que el Gobierno de Castilla y León seguirá colaborando con la red cameral para impulsar la mediación en todos los órdenes, particularmente en el ámbito civil y mercantil.

El CEM y Conviventia suscribieron un acuerdo para fomentar la mediación empresarial (15 octubre 2021)



El secretario general de la Cámara de Comercio de España y vicepresidente del Centro Español de Mediación (CEM), Adolfo Díaz-Ambrona, y la presidenta de la asociación de registradores Conviventia, Almudena del Río Galán, han firmado este jueves un convenio que prevé fomentar la mediación como método alternativo de resolución de conflictos entre las empresas.

Ambas instituciones se han comprometido, entre otras cosas, a colaborar en actividades de formación, publicar artículos divulgativos y a organizar eventos conjuntos. El documento contempla, asimismo, la creación de una comisión de seguimiento que se encargará de aprobar un plan de trabajo y evaluar las distintas actividades que se lleven a cabo.

Conviventia nació con el objetivo de promover, informar y divulgar la mediación, el arbitraje y la conciliación como procesos alternativos para la resolución de conflictos, relaciones sociales, laborales, de convivencia, civiles y mercantiles. Esta asociación pretende servir de cauce a las solicitudes de mediación, arbitraje o conciliación de las Administraciones públicas, de los particulares y de las empresas. Para establecer los turnos dentro de la bolsa de trabajo de la Asociación, los criterios a seguir estarán basados en la transparencia del procedimiento, en la voluntariedad del asociado, en la formación acreditada como mediador o árbitro y en el grado de especialización en cada caso particular.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID



CIAM y AEDM constituyen un grupo de trabajo sobre arbitraje marítimo internacional (14 julio 2021)

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y la Asociación Española de Derecho Marítimo (AEDM) han constituido el 14 de julio de 2021 un grupo de trabajo mixto que tiene como objeto analizar las posibilidades de desarrollo y promoción del arbitraje marítimo a través del CIAM. Dicho grupo se encuentra ya en pleno funcionamiento y someterá próximamente su Informe a los comités directivos de ambas instituciones.

El grupo está formado por expertos jurídicos españoles e internacionales, comenzando por los presidentes de ambas instituciones, D. José Antonio Caínzos y D. Eduardo Albors, y por juristas y profesores de diversas jurisdicciones y compañías, como D. José María Alcántara (árbitro marítimo), D. Carlos Salinas (abogado y catedrático), D. Manuel Alba (secretario general de la AEDM y profesor titular), D.^a Ruth Breitenfeld y D. Alberto Cabrero (asesores jurídicos de CEPSA); D.^a Elena Fernández (abogada de Grupo G. Junquera Marítima), D. Marcos Freire (Director General y abogado de Freire Shipyard), D.^a Pepa Cermeño (de Boluda Corporación Marítima), D. Carlos Sanlorenzo (abogados y secretario general de ANEN), D. Alberto Menéndez (asesor jurídico de BERGÉ), D. Jorge Clúa (asesor jurídico de Repsol (Trading Gas & Power), D. Javier Benavides (Consejo General de la Abogacía), además de D. José Vicente Guzmán (Colombia), D. Eduardo de Alba (Panamá), D. Rolando García Maritano (Panamá), D. Rafael Durán (Chile), presididos por D. Jesús Casas (abogado y tesorero de la AEDM).

La promoción de las Cortes de Arbitraje españolas en el ámbito del derecho internacional de los negocios, y específicamente en el de los transportes y la navegación marítima, es una asignatura pendiente para la correcta resolución de conflictos descargando a la Justicia ordinaria (señaladamente a los Juzgados de lo Mercantil, cargados de multitud de procedimientos concursales y otros litigios) de aquellos procedimientos que pueden resolverse de modo profesional y confidencial y en plazos más breves por expertos en cada materia, como el Derecho marítimo. De este modo, las compañías españolas y de otros países contarían con alternativas a los costosos arbitrajes en otras plazas internacionales, con la flexibilidad que otorga CIAM al permitir distintas sedes en España y extranjero, distintas lenguas y distintos derechos aplicables.

Especialmente en el ámbito marítimo, la AEDM promueve la atracción de la resolución de controversias y arbitrajes a España como jurisdicción que cuenta con dilatada experiencia, excelentes profesionales (árbitros, abogados, peritos, etc.) y centros de arbitraje y seguridad jurídica reforzada por las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en relación con la impugnación de laudos arbitrales.

El grupo de trabajo mixto espera que su Informe sea favorablemente acogido por la AEDM y CIAM y suponga la inclusión de los arbitrajes marítimos en el catálogo de materias arbitrables en CIAM con la referencia de los más de 70 años de Historia de la AEDM. CIAM y SEAIDA firman un acuerdo para promocionar el arbitraje en el sector asegurador

CIAM y SEAIDA firman un acuerdo para promocionar el arbitraje en el sector asegurador (21 octubre 2021)

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) han firmado el 21 de octubre de 2021 un acuerdo para colaborar conjuntamente en promocionar y difundir el arbitraje internacional relacionado con el sector de seguros y fondos de pensiones, así como en la realización de actividades de investigación y de formación en dicho ámbito.

Mediante este acuerdo, SEAIDA ha acordado ceder a CIAM la jurisdicción y competencia en materia de arbitraje internacional de seguros, reaseguros y fondos de pensiones, que estatutariamente le estaba atribuida al Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. Éste último seguirá administrando los casos nacionales.

Ambas instituciones han constituido un grupo de trabajo mixto que tiene como objeto analizar las posibilidades de desarrollo y promoción del arbitraje de seguros y reaseguros a través del CIAM, así como la posibilidad de realizar actividades de investigación y formación en ese campo.

Además, SEAIDA se incorporará al nuevo grupo de trabajo que CIAM está constituyendo en esa área, para una mayor promoción y difusión del arbitraje internacional.

Para José Antonio Caínzos, presidente de CIAM, este acuerdo supone «una apuesta por la especialización. En CIAM ponemos a disposición de las partes, siempre y cuando lo soliciten, árbitros especializados en diferentes sectores y este tipo de acuerdos nos permiten dar a conocer el arbitraje internacional en otros sectores de gran relevancia», explica Caínzos.

Por su parte, Rafael Illescas Ortiz, presidente de SEAIDA, asegura que el minifundismo no resulta útil para el arbitraje internacional. La oferta de un centro único nacional en la materia es imprescindible y por ello SEAIDA se une a la consolidación española en materia de arbitraje internacional de seguros. La unificación de centros en el arbitraje nacional habrá de seguir siendo atentamente estudiada si bien de momento no resulta tan urgente. De esta forma los instrumentos arbitrales ofertados por España en materia de arbitraje de seguros se han de ver muy reforzados y promovidos en el panorama global».

CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE



Cuarenta años al servicio de las empresas



En 2021 se cumple el 40 aniversario de la Corte Española de Arbitraje (CEA), la entidad arbitral más antigua de nuestro país. Integrada orgánicamente en la Cámara de Comercio de España, la CEA nació en 1981 con la vocación de ofrecer a las empresas una alternativa eficiente y rápida para solucionar sus conflictos, al margen de los tribunales ordinarios de justicia.

El arbitraje comercial llegó a España, impulsado por la Cámara (entonces Consejo Superior de Cámaras), con el objetivo de contribuir a mejorar la competitividad de las empresas en un momento en que apenas estaba implantado. La Ley de Arbitraje de 1988 permitió el desarrollo y la de 2003 acabó de situar la legislación española entre las más avanzadas. Desde 2019, las empresas cuentan con el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), creada por tres competidores en el mercado nacional (la CEA, la Corte de Arbitraje de Madrid y la Corte Civil y Mercantil) para aupar a España como centro internacional de resolución de conflictos comerciales y proporcionar una herramienta adicional al proceso de internacionalización.

La implantación del arbitraje es una realidad que ha llevado a formar el Club Español del Arbitraje, de la que forman parte más de 1.200 socios de medio centenar de países. Precisamente el embrión fue la Corte Española de Arbitraje, que sirvió de impulsora de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Durante estas cuatro décadas, más de 4.000 compañías han confiado en la CEA para dirimir sus controversias civiles y mercantiles. Tan sólo en los últimos diez años se han administrado y resuelto cerca de 1.200 casos, con una media anual de 100 millones de euros en disputa. Cifras que sitúan al organismo arbitral entre los principales operadores jurídicos de España.

La exitosa trayectoria de la Corte ha sido posible gracias a la clara apuesta de la institución por estar

a la vanguardia del sector legal y por cumplir con los más altos estándares de calidad y rigor técnico. De hecho, destaca por ser pionera en la introducción del arbitraje digital en España y por contar con un elenco de 330 árbitros especializados en diversas materias. Además, forma parte del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, que aspira a convertirse en un referente a escala mundial y, en especial, para el entorno de países latinoamericanos.

Fiel a sus principios fundacionales de independencia, transparencia y eficacia, la CEA encara el futuro con el firme objetivo de dinamizar las relaciones empresariales y continuar jugando un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje en España.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



El CIADI y el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile firman acuerdo de cooperación (11 agosto 2021)

El CIADI anunció el 11 de agosto de 2021 que había suscrito un acuerdo sobre disposiciones generales («El Acuerdo») con el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago. El Acuerdo fue firmado en representación del CIADI por el Sr. Gonzalo Flores, Secretario General Interino del CIADI y en representación de CAM Santiago por el Sr. Herman Chadwick, Presidente de CAM Santiago.

El Acuerdo prevé el uso de las instalaciones y servicios de CAM Santiago para procedimientos de arbitraje y mediación realizados bajo los auspicios del CIADI, así como una mayor colaboración técnica entre los dos centros.

El Acuerdo se basa en una sólida base de cooperación entre el CIADI y CAM Santiago. Esto incluye una serie de eventos y cursos de capacitación en los últimos años que tuvieron como objetivo crear conciencia sobre el CIADI y el derecho internacional de inversiones en Chile y en América Latina.

La firma fue seguida por un evento público que discutió el sistema de solución de controversias del CIADI a través del lente de Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos contra la República de Chile, un caso del CIADI que concluyó a principios de este año.

El Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) es una institución sin fines de lucro, fundada en el año 1992 por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CCS). El CAM Santiago ofrece los servicios de arbitraje nacional (1992) e internacional (2006), mediación (1998) y dispute boards (2015) para la resolución de controversias, brindando soluciones confiables y eficientes a la comunidad empresarial y jurídica. Con más de 5.088 casos de arbitraje y mediación que han sido administrados por el CAM Santiago, la institución se ha constituido como referente en materia de solución adecuada de conflictos en Chile y en América Latina.

El CIADI Publica el Sexto Documento de Trabajo sobre la Propuesta de Enmiendas a sus Reglas Procesales (12 noviembre 2021)

El 4 de noviembre de 2021 el Secretariado del CIADI publicó su sexto Documento de Trabajo sobre la propuesta de enmiendas a las reglas de procedimiento del Centro aplicables a la resolución de diferencias internacionales relativas a inversiones.

El Documento de Trabajo # 6: Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI

- marca la culminación de un proceso consultivo de cinco años dedicado a la actualización de las reglas del CIADI en materia de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos. Estos son, por lejos, los procedimientos más frecuentemente utilizados para resolver diferencias internacionales relativas a inversiones entre Estados receptores e inversionistas extranjeros. En respuesta a solicitudes de Estados e inversionistas, el CIADI también ha desarrollado un conjunto totalmente nuevo de reglas procesales en materia de mediación.
- aborda el reducido número de temas respecto de los cuales los Estados y el público habían presentado comentarios respecto de la iteración anterior de la propuesta de enmiendas a las reglas del CIADI.

El mismo 4 de noviembre también se publicó el conjunto completo de reglas modificadas en los tres idiomas oficiales del CIADI —español, francés e inglés—. El CIADI planea someter estas reglas a una votación a efectos de su aprobación a principios del año 2022. Las enmiendas a las Reglas en virtud del Convenio del CIADI requieren la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros, en tanto que el Reglamento del Mecanismo Complementario, así como las Reglas de Comprobación de Hechos y de Mediación, requieren una mayoría.

El proyecto de enmienda a las reglas del CIADI ha avanzado de manera constante desde fines del año 2016 cuando el CIADI empezó a consultar con los Estados Miembros y el público, lo que puso en marcha el proceso de enmienda a las reglas más integral y transparente de la historia del CIADI.

Las reglas modificadas del CIADI introducirán los cambios más significativos en los procedimientos del CIADI en más de 50 años. Reflejan un esfuerzo concertado por simplificar y modernizar las reglas a fin de reducir el tiempo, el costo y el impacto ambiental de los casos.

Las características más salientes de las reglas modificadas incluyen:

- Mayor transparencia en la tramitación y el resultado de los procedimientos (por ejemplo, mediante la publicación de cada vez más laudos, decisiones y resoluciones)

- Requisito de revelación por las partes del financiamiento por terceros
- La opción de acelerar los procedimientos mediante el uso de reglas de arbitraje expedito
- Acceso más amplio a los procedimientos de resolución de diferencias del CIADI; por ejemplo, permitiendo a las Organizaciones de Integración Económica Regional—tales como la Unión Europea— utilizar el Reglamento de Arbitraje y Conciliación (Mecanismo Complementario) del CIADI
- La introducción de Reglas de Mediación de última generación que se encuentran a disposición de todos los inversionistas y Estados sobre la base de su consentimiento.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

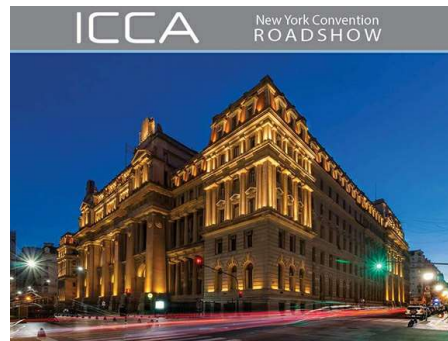


El ICCA celebró su 60º aniversario el 17 de septiembre de 2021

En los 60 años transcurridos desde su creación en 1961, el ICCA ha celebrado 25 Congresos en 6 continentes, ha establecido 5 líneas de publicaciones que son una fuente líder de conocimientos en materia de arbitraje internacional, ha creado 12 grupos de proyectos que abordan temas importantes en este campo y ha celebrado sesiones de divulgación judicial en 30 jurisdicciones de 6 continentes en todo el mundo.

La ICCA se dedica a promover y mejorar el arbitraje y otras formas de resolución de disputas internacionales, y ha ido reforzando su compromiso con los valores de diversidad e inclusión a lo largo del camino. La creación de Young ICCA en 2010 tenía como objetivo «abrir las puertas del arbitraje internacional» y desde 2011, 700 alumnos y asesores de grupo de 6 continentes han pasado por 8 ciclos del Programa de Mentores de Young ICCA.

El ICCA organizó un roadshow de la Convención de Nueva York para el Poder Judicial Argentino (6 octubre 2021)



El 6 de octubre de 2021, como parte de su programa de difusión judicial, el ICCA celebró el segundo de una serie de seminarios web sobre la Convención de Nueva York adaptados a los poderes judiciales de América Latina. El evento fue especialmente concebido para el poder judicial de Argentina y se celebró en español. Fue conducido por el Sr. Andrés Jana, miembro del Consejo de Administración y del Comité Judicial de la ICCA, socio de Bofill Mir & Alvarez Jana, quien reunió un grupo estelar de oradores, compuesto por jueces argentinos actuales y anteriores, sobre los temas del arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York.

El Sr. Jana inició la sesión con una breve bienvenida y una introducción a las actividades de la ICCA, antes de dar la palabra a la Dra. María Susana Najurieta, profesora de derecho internacional privado en la Universidad de Buenos Aires y ex jueza de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, para que ofreciera una introducción al arbitraje comercial internacional en Argentina. El Sr. Jana siguió con una presentación sobre el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales extranjeros en virtud de la Convención de Nueva York, durante la cual habló de la historia y el éxito de la Convención de Nueva York hasta la fecha, y proporcionó un análisis artículo por artículo de la Convención.

Tras esta visión general sobre la Convención de Nueva York, la Dra. María Elsa Uzal, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires y Presidenta de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se dirigió a los jueces sobre la interacción entre la Convención de Nueva York, el Convenio de Panamá y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina, promulgada por la Ley N.º 27.449 y en vigor desde el 3 de agosto de 2018. Para finalizar, el Dr. Carlos Rosenkrantz, Vicepresidente de la Corte Suprema de Argentina, ofreció su visión sobre el papel de los jueces argentinos en los procedimientos de ejecución ante los tribunales nacionales en Argentina.

Los jueces asistentes recibieron una copia digital y física de la Guía de Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 del ICCA, disponible en 26 idiomas, incluido el español.

Al día siguiente, la ICCA organizó un segundo seminario web sobre la ejecución de acuerdos de arbitraje y laudos arbitrales extranjeros en Argentina en colaboración con la oficina de Buenos Aires de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y la Universidad de Buenos Aires (UBA). El evento estuvo abierto a un público más amplio, compuesto por estudiantes, profesionales y académicos argentinos. Moderados por el Sr. Jana y el Sr. Julián Bordaçahar, Asesor Jurídico de la CPA y Representante en la República Argentina, los ponentes del primer seminario web volvieron para una segunda velada. Se les unió Florencia Lebensohn, profesora adjunta de arbitraje comercial internacional y derecho internacional público en la Universidad de Buenos Aires, quien habló específicamente sobre la ejecución de acuerdos de arbitraje bajo la Convención de Nueva York y la ley de arbitraje de Argentina, así como el Dr. Guido S. Tawil, miembro del Consejo Asesor de la ICCA y árbitro independiente, quien se dirigió a la audiencia sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros bajo estos instrumentos.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION



Kate Cervantes-Knox y Constantine Partasides nuevos directores de la LCIA (23 septiembre 2021)

Tras una reunión de la Junta de la LCIA celebrada el 23 de septiembre de 2021, la LCIA se anunció que la Junta había resuelto nombrar a Kate Cervantes-Knox, de DLA Piper, y a Constantine Partasides QC, de Three Crowns, como directores de la LCIA.



Kate Cervantes-Knox es una abogada con más de 20 años de experiencia representando a clientes en arbitrajes comerciales y disputas de tratados de inversión en una serie de sectores, con un enfoque en disputas de energía e infraestructura. Ha sido reconocida por Who's Who Legal: Arbitration, Legal 500 y Chambers por su experiencia en los campos del arbitraje comercial, el arbitraje entre inversores y Estados y el derecho internacional público. Kate se incorporó a Linklaters en 1999, se tituló como abogada en 2001 y se incorporó a DLA Piper UK LLP en 2003. Se convirtió en socia de la práctica de arbitraje internacional de DLA Piper en Londres en 2010. A lo largo de su carrera, Kate ha llevado a cabo arbitrajes sujetos a muchos sistemas de derecho diferentes, y bajo varias reglas de arbitraje diferentes (incluyendo la LCIA, la CCI, el CIADI, la CNUDMI y la LMAA). Kate también actúa como árbitro y es miembro del Chartered Institute of Arbitrators. Actualmente es presidenta del Consejo Europeo de Usuarios de la LCIA y miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI. Kate ha vivido y trabajado en España y América Latina, y habla español con fluidez. Kate también es

profesora visitante en la University of Law de Londres.



Constantine Partasides QC, uno de los socios fundadores de Three Crowns, ha participado como abogado en algunos de los mayores arbitrajes internacionales de las dos últimas décadas. Además de su trabajo como abogado, Constantine aparece regularmente como árbitro, incluso en disputas que involucran a Estados y entidades estatales. Tiene experiencia como Presidente o Árbitro Único en casos bajo el Reglamento de la LCIA, el Reglamento de la CCI, el Reglamento de la CCE y el Reglamento de la CNUDMI. Constantine está reconocido internacionalmente en todos los directorios y publicaciones más importantes del mercado del arbitraje. A lo largo de la última década, ha sido nombrado cada año entre los 20 mejores «Global Elite Thought Leaders» por Who's Who Legal, que lo describe como «uno de los mejores profesionales del mercado», «exquisito como abogado» y «líder de su generación». Chambers le reconoce como uno de los dos únicos «Star Individuals» en arbitraje internacional en Londres, y una fuente del mercado dice que «se le considera una de las personas a las que hay que acudir cuando una parte está involucrada en un arbitraje grande y complejo». También figura en el «Salón de la Fama» del arbitraje internacional en The Legal 500. Constantine es coautor de las ediciones cuarta, quinta y sexta del principal libro de texto sobre arbitraje internacional, Redfern and Hunter on International Arbitration. Es abogado (Higher Courts Civil) y fue nombrado Queen's Counsel en 2014. Se formó en el King's College de Londres y en la Universidad de Cambridge.

TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA



Tech Barcelona y el Tribunal Arbitral de Barcelona colaboran para promover la resolución de conflictos en el ámbito del emprendimiento (6 octubre 2021)



El Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) y Tech Barcelona, asociación privada que vertebra e impulsa el ecosistema digital y tecnológico de la ciudad, han firmado un acuerdo de colaboración con el objetivo de concienciar de las ventajas y promocionar el uso de la vía arbitral para la resolución de conflictos legales en el ámbito del emprendimiento.

Juli de Miquel y Antoni Bosch, Presidente y Vocal del TAB, el CEO de Tech Barcelona, Miquel Martí, y el secretario de la junta de Tech Barcelona y socio de dwf-RCD, Ignasi Costas, han señalado en la firma del convenio la importancia de que el arbitraje se consolide especialmente en el entorno de la inversión tecnológica y del crecimiento económico desarrollado por las start-ups. En este contexto, coincidieron en que el arbitraje es una herramienta ágil, independiente e idónea para resolver disputas legales en el actual escenario de alta litigiosidad, agravada por la irrupción de Covid-19. Según Juli de Miquel «Este convenio es un paso muy importante para prestar desde el TAB un muy positivo servicio a las empresas que forman parte de Tech Barcelona, para que los posibles conflictos se resuelvan sin perjudicar a los objetivos de las empresas, ya se trate de colaboradores o inversores».

Por su parte, Miquel Martí añadió «La resolución de conflictos es un aspecto central de las relaciones empresariales. Con este acuerdo tenemos un doble objetivo, por un lado, dotar al ecosistema tecnológico de Barcelona de un instrumento de arbitraje rápido, confidencial e independiente que cuenta con la colaboración de expertos sectoriales, y por otro convertir a Barcelona en la referencia en el arbitraje de conflictos entre empresas tech en Europa.

Por último, Ignasi Costas señaló que el arbitraje es «especialmente idóneo para las start-ups, que requieren de una resolución ágil de los potenciales conflictos y en el que además se garantiza que un experto altamente especializado media en la resolución».

SOBRE EL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

El Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) es el órgano permanente de la Asociación Catalana para el Arbitraje que lleva a cabo la administración de los arbitrajes de acuerdo con la ley y con su reglamento, a tenor del código ético. Su misión es servir a la Sociedad, siendo una institución de referencia en el mundo del arbitraje, destacando por su excelencia en el servicio, con foco de su actividad en Barcelona, así como en los mercados de referencia, nacional e internacionales. Su visión es potenciar el arbitraje como herramienta de resolución de conflictos, ofreciendo a nuestros usuarios un servicio de altacalidad, asegurando el prestigio y la independencia de nuestros árbitros.

SOBRE TECH BARCELONA

Tech Barcelona es la asociación independiente y sin ánimo de lucro que trabaja para consolidar Barcelona como un hub tecnológico y digital de referencia internacional. Creada en 2013, representa a más de 1.000 socios-emprendedores, fundadores, ejecutivos o inversores de más de 1.200 compañías, y cuenta con más de 70 empresas partners, líderes en su sector, comprometidas con el proyecto. Los objetivos de la asociación son potenciar el talento, apoyar el emprendimiento, atraer inversión y mejorar la competitividad de las empresas. Tech Barcelona se ha consolidado como el eje vertebrador del ecosistema, con un programa de conexiones y conocimiento orientado a promover el crecimiento del sector digital y tech y la transformación del modelo económico de la ciudad y del país, en un contexto de proyección internacional y cuidando el impacto de la tecnología en la sociedad. El modelo de ecosistema de Tech Barcelona se despliega con el proyecto Urban Tech Campus: una red de edificios singulares conectados para que la innovación y la tecnología se integren en la ciudad, involucren y convivan con sus ciudadanos. La sede principal es el Piero1 en Palau de Mar; el Piero3 en el edificio Els Porxos d'en Xifré.

TRIBUNAL D'ARBITRATGE DEL PRINCIPAT D'ANDORRA



Presentación oficial del Tribunal de Arbitraje del Principado de Andorra (30 septiembre 2021)

El 30 de septiembre de 2021 se celebró la presentación oficial del Tribunal de Arbitraje del Principado de Andorra (TAPA) en el Park Hotel de Andorra. El acto, que tuvo muy buena acogida por parte de representantes del tejido económico, político y social andorrano, contó con las intervenciones de Pierre Raoul-Duval, presidente de la nueva institución y del jefe de Gobierno, Xavier Esport, que como a máxima autoridad ha sido el responsable de la clausura. Como representantes de los organismos fundadores y miembros del Pleno, Xavier Sopena, decano del Colegio de Abogados y Josep Maria Mas, presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios hicieron sus respectivos discursos institucionales en los que compartieron la certeza que la constitución del TAPA es un hecho histórico en el ámbito jurídico andorrano, que posiciona al país como centro neurálgico con la creación de una nueva plaza arbitral en Europa. Con esta presentación en sociedad, se inicia la actividad del nuevo tribunal que promoverá el arbitraje como sistema de resolución extrajudicial de conflictos civiles, mercantiles y patrimoniales que, a través de la participación de un órgano arbitral, resolverá controversias mediante un laudo definitivo.

La función principal de este tribunal será administrar arbitrajes nacionales e internacionales con rapidez, confidencialidad y experiencia. Así pues, pone al alcance de los ciudadanos todo su conocimiento y especialización para garantizar los mejores servicios y soluciones óptimas por ambas partes con total neutralidad, independencia e imparcialidad.

El TAPA será, a partir de ahora, la institución donde las empresas andorranas podrán resolver sus conflictos internos sin tener que pasar por un proceso judicial, pero también, el lugar al que podrán dirigirse operadores de todo el mundo que busquen soluciones al su conflicto en un país neutral y multicultural. A diferencia de otros tribunales arbitrales, el TAPA presenta como ventaja competitiva la opción de poder presentar la documentación para el arbitraje en cuatro idiomas (catalán, castellano, francés e inglés), lo que aligera significativamente el proceso para los clientes.

Para impulsar, en un primer momento, el arbitraje interno en Andorra, se ha trabajado en: la pronta adopción de un reglamento ágil y moderno que tiene muy en cuenta las tendencias más actuales en materia de arbitraje nacional y internacional; en la adopción de un baremo de costes que se adapta a las necesidades de las empresas y ciudadanos de nuestro país; y en la colaboración muy activa que

se pretende impulsar desde el TAPA con el Poder Judicial andorrano.

La puesta en funcionamiento del tribunal representa el nacimiento de una nueva actividad económica que contribuirá a crear dinamismo en el ámbito jurídico con un impacto positivo también en otros sectores de actividad, ya que generará un nuevo tráfico de turismo de negocios de primero nivel. En este sentido, Josep Maria Mas, presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios dijo que: «El arbitraje supondrá grandes beneficios para el tejido empresarial de Andorra porque la salud de la empresa también depende de la agilidad en que se resuelven las controversias que puedan surgir. Pero adicionalmente, contribuirá a crear un nuevo turismo profesional que busque en Andorra servicios de arbitraje y al mismo tiempo, disfrutar del país»

Con la dotación de este nuevo servicio Andorra tiene la oportunidad de posicionarse a nivel internacional gracias al reconocimiento basado en la profesionalidad y la competencia arbitral de la nueva institución. El jefe de Gobierno de Andorra, Xavier Espot, en el discurso de clausura ha calificado al Tribunal de Arbitraje y la mediación como «dos mecanismos para la resolución de conflictos por la vía extrajudicial que no tengo ninguna duda de que también contribuirán a descongestionar la Alcaldía, en unos momentos en los que las consecuencias de la crisis económica y social que sigue a la sanitaria pueden provocar un aumento de las demandas judiciales. Por tanto, deben ser mecanismos perfectamente compatibles con la justicia tradicional».



La Comisión Europea inicia una investigación en profundidad sobre el laudo arbitral favorable a Antin por el que se impone una compensación a España (19 junio 2021)



La Comisión Europea ha iniciado una investigación en profundidad con objeto de evaluar si el laudo arbitral por el que España debe pagar una compensación a Antin debido al apoyo cesante tras la modificación de una medida de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables se ajusta a las normas de la UE en materia de ayudas estatales.

ANTECEDENTES

El 19 de julio de 2018, la Comisión publicó una Comunicación sobre la protección de la inversión. La Comunicación explica que la sentencia *Achmea* es pertinente en cuanto que la cláusula relativa al arbitraje entre inversores y Estados del Tratado sobre la Carta de la Energía no es aplicable entre Estados miembros, es decir, entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro. Además, aclara que el citado Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE.

EL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE A ANTIN

En 2007, España instauró un régimen de apoyo a la producción de electricidad procedente de fuentes renovables. Dicho régimen no se notificó a la Comisión para su autorización con arreglo a las normas

sobre ayudas estatales.

En 2013, España modificó las condiciones en las que las instalaciones de energías renovables podían obtener apoyo. Las modificaciones son aplicables también a las instalaciones que habían comenzado a recibir apoyo en virtud del régimen de 2007. El 10 de noviembre de 2017, la Comisión adoptó una decisión (SA.40348) en la que consideró que el régimen español de 2013 de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables se ajustaba a las normas de la Unión sobre ayudas estatales.

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. (en lo sucesivo, «Antin»), constituidos en Luxemburgo y los Países Bajos, respectivamente, habían llevado a cabo inversiones en instalaciones de energías renovables en España, que se beneficiaban del régimen de apoyo de 2007. Tras las modificaciones que España introdujo mediante el régimen de 2013, Antin inició un procedimiento de arbitraje con objeto de obtener una compensación por el cese del apoyo que sí habría recibido con arreglo al régimen de 2007.

Un laudo arbitral de 2018 (*Antin contra España*) dictaminó que España había infringido el Tratado sobre la Carta de la Energía al modificar el régimen de apoyo a las energías renovables de 2007 e instaurar un nuevo régimen de apoyo en 2013, en virtud del cual el nivel de apoyo era inferior. El tribunal de arbitraje ordenó a España compensar a Antin por las pérdidas sufridas como consecuencia de las modificaciones del régimen de 2007. El importe de la compensación se fijó en 101 millones EUR, más los intereses devengados por ese importe y una contribución a las costas del procedimiento arbitral.

INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN

En esta fase, la opinión preliminar de la Comisión es que el laudo arbitral constituiría ayuda estatal, dado que concede a Antin una ventaja equivalente a las que otorgaba el régimen español no notificado de 2007.

En particular, las dudas de la Comisión afectan a los siguientes aspectos:

- La conformidad del laudo arbitral con los principios de confianza mutua y autonomía del Derecho de la UE. La base en que se sustenta el laudo son las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía relativas a las relaciones entre inversores y Estados. En su sentencia en el asunto C-284/16, *Achmea*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que el arbitraje entre inversores y Estados, cuando se aplica entre Estados miembros de la UE, socava el sistema de recursos legales previsto en los Tratados de la UE para resolver esos litigios. Por lo tanto, supone una amenaza para la autonomía del Derecho de la UE y el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.
- Si el laudo arbitral puede generar discriminación entre los inversores en función de su nacionalidad y su capacidad de recurrir al arbitraje internacional, dado que los inversores españoles no tienen la posibilidad de interponer una acción ante un tribunal de arbitraje por las modificaciones del régimen de 2007.

- La conformidad del laudo con las Directrices de la Comisión de 2008 sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente y las Directrices de la Comisión de 2014 sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía. Las instalaciones de energías renovables en las que ya había invertido Antin se benefician del régimen de ayudas de 2013, que ha sido autorizado por la Comisión con arreglo a las normas sobre ayudas estatales. La Comisión investigará si el apoyo adicional concedido por el laudo arbitral es necesario para el desarrollo de una actividad económica, tiene efecto incentivador y es proporcionado. Asimismo, investigará si conceder ese apoyo únicamente a Antin puede falsear indebidamente la competencia.

La Comisión se dispuso a llevar a cabo una investigación en profundidad para determinar si sus reservas iniciales se confirman. El inicio de una investigación en profundidad otorga a todas las partes interesadas una oportunidad de formular observaciones sobre la medida. No prejuzga en ningún modo el resultado de la investigación.

Entrada en vigor del Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (10 octubre 2021)



El BOE de 21 de septiembre publicó Instrumento de Ratificación del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020.

ANTECEDENTES

El 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la UE llegaron a un acuerdo sobre un tratado plurilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (TBI) dentro de la UE. El acuerdo sigue las declaraciones del 15 y 16 de enero de 2019 sobre las consecuencias legales de la sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de la inversión en la Unión Europea, donde los Estados miembros se comprometieron a rescindir sus TBI dentro de la UE. De conformidad con dichas declaraciones, la Comisión intensificó los debates con los Estados miembros con el objetivo de garantizar una protección completa, sólida y efectiva de las inversiones en la Unión Europea.

Consideró la Comisión que desde la ampliación, ya no se precisaban tales garantías «extraordinarias», puesto que todos los Estados miembros están sujetos a las mismas normas de la UE en el mercado único, incluidas las relativas a las inversiones transfronterizas (en particular, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales). Todos los inversores de la UE también se benefician de la misma protección gracias a la normativa de la UE (*v.gr.*, no discriminación por razón de la nacionalidad). En cambio, los tratados bilaterales de inversión intra -UE confieren derechos sobre una base bilateral únicamente a los inversores de algunos Estados miembros: según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, tal discriminación basada en la nacionalidad es incompatible con la legislación de la UE.

FIRMA DE ACUERDO DE TERMINACIÓN

El 5 de mayo de 2020, 23 Estados miembros firmaron el acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE («acuerdo de terminación»). Dichos Estados fueron: Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España.

El acuerdo quedó sujeto a ratificación, aprobación o aceptación y entrará en vigor 30 días naturales después de la fecha en que el Secretario General del Consejo de la Unión Europea reciba el segundo instrumento de ratificación, aprobación o aceptación.

En esencia, el Acuerdo de terminación regulaba dos cuestiones: a) cómo se iban a terminar los TBI existentes dentro de la UE, y cómo van a operar las sus cláusulas de extinción, y b) qué respuesta debía darse a los nuevos procedimientos de arbitraje, a los que aún estuviese, pendientes de solución y a los concluidos.

La medida afectaba a 190 tratados bilaterales de inversión (TBI). Debe tenerse en cuenta que muchos de estos tratados bilaterales de inversión intra-UE se celebraron en la década de los noventa, antes de las ampliaciones de 2004, 2007 y 2013. Se concluyeron mayoritariamente entre Estados miembros de la UE y Estados que pasarían a ser de la «UE 13». Su objetivo era tranquilizar a los inversores que deseaban invertir en la futura «UE 13» en un momento en que los inversores privados, a menudo por razones políticas históricas, podrían haberse mostrado reticentes con respecto a la inversión en dichos países. Los tratados bilaterales de inversión estaban destinados, por tanto, a reforzar la protección de los inversores, por ejemplo mediante indemnización por expropiaciones y procedimientos de arbitraje para la resolución de conflictos de inversión.

CONTENIDO DEL ACUERDO

El Acuerdo está integrado por 18 artículos, agrupados en cuatro secciones. La primera es la de las definiciones e incluye solamente al art. 1. La Sección 2 contiene las disposiciones relativas a la terminación de los tratados bilaterales de inversión, Artículos 2 al 4. La Sección 3 está dedicada a las disposiciones relativas a las demandas presentadas en virtud de tratados bilaterales de inversión, arts. 5 a 10. Por último, la Sección 4 regula las disposiciones finales, en las que se aborda las cuestiones más comunes a los tratados multilaterales: la designación del depositario del Acuerdo, que en este caso recae en el secretario general del Consejo de la Unión Europea; las reservas; la resolución de controversias; la entrada en vigor, y las versiones auténticas.

En esta misma sección, el art. 12 hace mención a los Anexos del Acuerdo, que forman parte integrante del mismo, y son cuatro. Concretamente: a) el Anexo A incluye lista de los tratados bilaterales de inversión que se terminan en virtud del presente Acuerdo [por lo que se refiere a España solamente se incluye el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia para la protección y fomento recíprocos de las inversiones, firmado el 30 de julio de 1992, que entró en vigor el 1 de mayo de 1993, y que terminó en 2019]; b) el Anexo B: incluye la lista de los tratados bilaterales

de inversión ya terminados con una cláusula de remanencia que puede surtir efecto; c) el Anexo C: contiene el modelo de declaración a la que se refiere el art. 7 del Acuerdo; y, d) el Anexo D: establece un baremo indicativo de honorarios del conciliador, en el ámbito de los procedimientos de arbitraje pendientes regulado en el art. 9 del Acuerdo. También dentro de la Sección 4 se encuentra el art. 17, que regula la aplicación provisional del Acuerdo. (Vid.. LA LEY: Mediación y Arbitraje, n.º 3, 2020).

ACTITUD DE ESPAÑA

La aplicación provisional permitía que este Acuerdo comenzase a desplegar sus efectos antes de su entrada en vigor. Esta posibilidad es especialmente relevante en este caso si se tiene en cuenta que el retraso en la ratificación del Acuerdo genera incertidumbre tanto en los inversores como en los Estados miembros. Además, los inversores europeos siguen utilizando los Acuerdos intracomunitarios para abrir procedimientos de arbitraje contra los Estados miembros y los tribunales de arbitraje continúan admitiendo dichas reclamaciones intracomunitarias, actuando así en contra del Derecho de la UE. Por estos motivos a propuesta conjunta de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; e Industria, Comercio y Turismo, se instó la autorización su aplicación provisional por parte de España, aprobándola el Consejo Ministros de 4 de agosto de 2020. La aplicación provisional por España de este Acuerdo fue publicada en el BOE 30.9.2020 (Vid.. LA LEY: Mediación y Arbitraje, n.º 4, 2020).

Posteriormente, el Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 dispuso la remisión a las Cortes Generales del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 del mismo. Dicho acuerdo figura en el BOE 21.9.2021 y que entró en vigor el 10 de octubre de 2021.

La Cátedra Pérez-Llorca/IE analiza la doctrina constitucional y anulación de laudos arbitrales (22 julio 2021)



La Cátedra Pérez-Llorca/IE analizó en un seminario que tuvo lugar el 22 de julio de 2021 la reciente doctrina constitucional relativa a la anulación de laudos arbitrales, en relación con el concepto de orden público.

La jornada fue inaugurada por Soledad Atienza, Decana de IE Law School, y moderada por Silvia de Paz, abogada de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca. Participaron como ponentes Cándido Conde-Pumpido, Magistrado del Tribunal Constitucional, Ana Serra e Moura, Vice-Secretaria General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y profesora del Master of Law's (LL.M.) en la especialidad de International Dispute Resolution, e Ignacio Santabaya, Socio de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca y profesor de IE Law School.

Cándido Conde-Pumpido comenzó exponiendo las líneas fundamentales de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero, en materia de anulación de laudos arbitrales, y que han dado lugar a la consolidación de la doctrina jurisprudencial en la materia. El magistrado expuso los antecedentes que han dado lugar a esta doctrina y, en concreto, la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de anulación de laudos, en virtud de la cual se realizaba una interpretación extensiva del concepto de orden público como causa de anulación, llegando a hacer una revisión del fondo de los laudos arbitrales. Frente a esta interpretación extensiva del concepto de orden público, Cándido Conde-Pumpido explicó la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto: el control judicial realizado por el tribunal de anulación no puede consistir en una revisión del análisis jurídico realizado por los árbitros, sino que debe limitarse a verificar que el laudo cumple con las garantías formales; y con el orden público, entendido como los derechos fundamentales y libertades basados en la Constitución, y otros principios esenciales admitidos internacionalmente. Es decir, ha de darse una interpretación restrictiva al concepto de orden público que se aplica en materia de anulación de laudos. En otro caso, se correría el riesgo de que una excesiva intervención del tribunal de anulación desnaturalizara la institución arbitral, puesto que las partes han querido que su controversia se resuelva mediante arbitraje, y no por los tribunales.

A continuación, Ana Serra e Moura explicó la posición de España en el arbitraje internacional y resaltó la importancia de garantizar el apoyo judicial, la seguridad jurídica y la ejecutabilidad de los laudos, como elementos clave a la hora de elegir la sede del arbitraje por parte de la CCI (en caso de que no haya sido elegida por las partes). Asimismo, expuso la importancia de España en el ranking global de partes involucradas en arbitraje CCI, ocupando la tercera posición, con 125. Sin embargo, el número de casos administrados por la CCI con sede en España, y en particular en Madrid, se ha mantenido estable con 11 casos en 2020. Serra e Moura mencionó que es temprano para concluir si la doctrina del TSJ de Madrid ha podido afectar la elección de Madrid como sede del arbitraje, pero no cabe excluir que haya sido así. También expresó su impresión de que las recientes sentencias del Tribunal Constitucional mejorarán la valoración de Madrid como sede de arbitraje y el rol que pueden jugar en reestablecer la confianza de los usuarios. Respecto a la motivación de los laudos arbitrales, la Vicesecretaria describió la estricta exigencia de motivación y fundamentación de los laudos arbitrales en el escrutinio de los mismos que realiza la CCI.

Por su parte, Ignacio Santabaya analizó el debate generado por la doctrina del TSJ de Madrid y sus efectos negativos para Madrid como sede de arbitrajes. El socio de Pérez-Llorca destacó la positiva acogida que han tenido las recientes sentencias del Tribunal Constitucional y su posible contribución a que aumente el número de arbitrajes que se celebren en Madrid. Se pronunció, asimismo, sobre el concepto de orden público, considerándolo como una necesaria válvula de escape para garantizar que los laudos se ajustan a su cometido de equivalente jurisdiccional, más allá de que concurran o no las demás causas tasadas de anulación.

Finalmente, la ponencia finalizó con un debate sobre si resultaría conveniente modificar el sistema de anulación para establecer un posible recurso frente a las sentencias del TSJ, algo a lo que Cándido Conde-Pumpido y Ana Serra e Moura se mostraron claramente contrarios, por la necesaria celeridad del arbitraje. Por otro lado, los ponentes coincidieron en la necesidad y conveniencia de mantener un diálogo constante y fluido entre los órganos jurisdiccionales y la comunidad arbitral.

Tras estas intervenciones, tuvo lugar un interesante coloquio dirigido por Silvia de Paz, en el que los ponentes dieron respuesta a las cuestiones planteadas por parte de los asistentes.

Primer Seminario Binacional de Arbitraje Internacional México-España (11 noviembre 2021)



María Inmaculada Rodríguez Robrero

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Alcalá

El día 11 de noviembre de 2021 se celebró, a través de la plataforma Zoom y mediante transmisión por YouTube el Primer Seminario binacional México-España, organizado entre la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) y la Universidad de Alcalá (UAH), coordinado por James Graham, Profesor Titular de Derecho Internacional y Sustentabilidad de la Facultad de Derecho y Sustentabilidad UANL y Ana Fernández Pérez, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado UAH, con la colaboración de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y Wolters Kluwer.

La actividad que tuvo una duración de 4 horas asumió una proyección académica y profesional y contó con un público variado, con más de 200 asistentes de 11 países. La presentación corrió a cargo de Francisco Javier Gorjón, subdirector de posgrados en nombre del director de la Facultad de Derecho y Criminología UANL, Óscar Paulino Lugo Serrato, quien dio cuenta de la buena relación entre ambas instituciones.

A continuación, dieron la bienvenida los profesores James Graham y Ana Fernández quienes introdujeron el evento. Actualmente es una realidad que existen una gran cantidad de arbitrajes entre España y México y es conveniente un foro como el que se presentó para compartir las buenas prácticas y experiencias de ponentes con tanta experiencia académica y profesional.

La moderación corrió a cargo de Gabriel Caravazos Villanueva, senior advisor en Monarch Global Strategies UANL y Gina Jaqueline Prado Carrera, coordinadora del Cuerpo Académico de Derecho Internacional y Sustentabilidad UANL. El evento se llevó a cabo con mucha precisión y orden y la coordinación se encargó de que todo el programa se ajustara a lo previsto.

La primera ponencia versó sobre el ámbito de la arbitrabilidad. La perspectiva mexicana estuvo a cargo de Víctor M. Ruiz, socio de Ruiz Silva Abogados. En su exposición afirmó que en México existe una tendencia favorable al arbitraje. Se refirió especialmente al arbitraje societario y cómo en México se está pendiente de los avances y de las experiencias que se han tenido en España. Abrió también el debate sobre la Ley de Hidrocarburos y la posibilidad prevista de que se sometan las posibles disputas a arbitraje; pero que en la misma Ley se establece que la administración pública puede rescindir unilateralmente los contratos públicos, lo que no puede ser susceptible de arbitraje, por lo que dentro de la misma materia puede haber cuestiones arbitrables y otras no. La perspectiva española estuvo a cargo de Josep M.^a Julià, abogado fundador de Delegaltesen quien hizo una reseña histórica, académica y legal desde la perspectiva española sobre las materias arbitrables. De esta forma recalcó como en España el principio será la arbitrabilidad, con las limitaciones específicas establecidas en la Ley. Hizo especial referencia al caso de la insolvencia, ya que la Ley concursal española permite la tramitación de los arbitrajes y no deja sin efecto los convenios arbitrales existentes. También aclaró lo que significa la distinción entre atribución de competencias dentro del poder judicial entre distintas jurisdicciones y arbitrabilidad, así como arbitrabilidad y orden público; como por ejemplo el Derecho de la competencia que no impide el arbitraje. También se refirió a la arbitrabilidad en materia de competencia desleal, consumo, testamentos, arrendamientos, acción civil derivada de delitos, etc., concluyendo que hay una definición amplia de arbitraje como disponibilidad de derechos.

El segundo panel se dedicó a la aceptación de las reglas del *soft law* en la sustanciación de las actuaciones arbitrales. En él se analizaron las diferencias entre las Reglas de la IBA para la práctica de prueba y las Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, conocidas como las Reglas de Praga, con las miradas propias de México y España respectivamente. El análisis correspondió en este panel a Marco Tulio Venegas Cruz, socio de Litredi Abogados y a Francisco G. Prol, Abogado y árbitro español. Fue una discusión muy amena, en la que no solamente se habló de la normativa, sino que desvelaron razones del porqué del nacimiento de las Reglas de Praga, ya que estas nacieron a instancia de la Federación de arbitraje rusa, como oposición al dominio anglosajón sobre el arbitraje internacional, lo que además generó malestar en ese medio jurídico.

El tercer bloque se dedicó a las ventajas del arbitraje administrado frente al arbitraje *ad hoc* desde las distintas perspectivas. En él fue evidente las coincidencias que los encargados de su análisis encontraron, no importando su centro físico de actuación, para lo que se emplazaron a estrechar lazos de colaboración, e incluso a través de la Universidad de Alcalá y futuras colaboraciones o publicaciones conjuntas. Los encargados de este bloque fueron por parte de México F. Camilo Vázquez L. de Del Castillo y Castro Abogados y el secretario de CIMA Francisco Ruiz Ruiseño. Dentro de la problemática que se puede presentar dentro del arbitraje administrado se comentó la designación de los árbitros por la institución, el encarecimiento de los costos o la determinación de la cuantía del procedimiento; así como la confidencialidad y la revisión del laudo. Como principales propuestas se plantearon la constante actualización de sus reglamentos, la adopción de las nuevas tecnologías y el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de las partes.

El último panel se dedicó a la impugnación del laudo arbitral ante la jurisdicción. La perspectiva de México fue expuesta por Carlos Leal-Isla Garza, socio fundador de Leal-Isla & Amp; Hórváth, S.C; mientras que la perspectiva española la presentó el profesor José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional Privado y director del Servicio de Mediación de CIMA. Desde la perspectiva mexicana se habló y analizó como los árbitros no son una autoridad y por tanto no procede el juicio de amparo contra el Laudo, por lo que contra el Laudo solamente procede la impugnación del laudo ante el juez de la sede, Federal o Estatal. El profesor Fernández Rozas analizó como la jurisprudencia constitucional ha delimitado la función del árbitro como un órgano privado que resuelve una controversia, excluyendo de su misión el hacer justicia, por lo que la tutela judicial efectiva está reservada a los jueces, operando ésta diferente en el arbitraje que en el proceso judicial. Se hizo también especial referencia a la forma y al contenido de la cláusula arbitral, recomendado que éstas no deben contener excesiva regulación, ya que esto puede dar problemas para su aplicación e implementación en el procedimiento. Y en cuanto al orden público, se ha criticado que en muchas ocasiones se ha extendido este concepto para anular laudos arbitrales, aunque objetivamente no correspondiera. Por último, se planteó como propuesta para un futuro no muy lejano, el abrir el debate de una modificación de la Ley española y de optar por un modelo dualista de regulación, en vez del actual modelo monista, ya que de esta forma se favorecería la regulación y el desarrollo del arbitraje nacional.

La clausura estuvo a cargo de Javier Gorjón Gómez, subdirector de posgrado UANL quien planteó el reto de promover el arbitraje doméstico dentro de los otros métodos de resolución adecuada de conflictos. Su propuesta pasa por integrar el arbitraje no solamente dentro del ámbito comercial, sino también en el ámbito civil, logrando que el árbitro sea un profesional integral de conflictos, ya que actualmente en muchas regulaciones el arbitraje se ha excluido expresamente en muchas regulaciones, y es evidente que muchos conflictos no pueden ser, por ejemplo, negociados o mediados y necesitan de la autoridad del árbitro para poner fin de forma definitiva para su solución.

Macarena Letelier será la primera mujer en presidir la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (8 noviembre 2021)



Macarena Letelier Velasco, abogada y magister en Derecho público de la Universidad de Chile, actual Directora Ejecutiva del CAM Santiago, fue elegida presidenta de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

En sus más de 87 años, es la primera vez que la entidad nombró presidenta a una mujer, quien resultó electa por 29 secciones nacionales que representan 21 países iberoamericanos.

A través de un comunicado de prensa emitido en Miami el 5 de noviembre, firmado por su Directora General, Verónica Romero, el CIAC comunicó su Presidencia para el período 2021-2023.

Así, el consejo ejecutivo de la institución quedó integrado por una presidencia y tres vicepresidencias (2021-2023), las que fueron asumidas por Rafael Zúñiga de Panamá, Gustavo Piedrahita de Colombia y Patricia Vera de Ecuador. La administración está radicada en Bogotá.

En la nota de prensa señalan que, «Letelier es el nombre que por unanimidad se consideró idóneo para los tiempos actuales, no sólo por su capacidad y experiencia académica, sino por las relaciones humanas y la confianza que ha construido los últimos cuatro años en su cargo como vicepresidenta».

En el mismo documento, el presidente saliente, doctor Alfredo Cuadra, reconoció en la chilena un liderazgo innato demostrado desde su incorporación a la institución, lo que ha llevado a visibilizar al organismo y a afiatar el trabajo del grupo de profesionales que la integran, sin importar las distancias geográficas.

Por su parte, la nueva presidenta, junto con agradecer la confianza puesta en ella, se comprometió a trabajar por consolidar la mirada de la resolución de conflictos a través del diálogo y los acuerdos. «La justicia la merecen todos, y para lograr que este mecanismo llegue a más personas propongo

coordinar grupos de abogados jóvenes de todos los países miembros para conocer casos y difundir una mirada del conflicto desde la colaboración».

Y finalizó afirmando que, «este es un reconocimiento para mi país, Chile, para la Cámara de Comercio de Santiago, y no puedo dejar de mencionar al Poder Judicial que a través de su trabajo en esta materia nos ha consolidado como una sede de arbitraje internacional confiable y seria».

SOBRE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL

Un papel protagonista compete a la CIAC, en tanto que organismo privado, no gubernamental, que tiene por objeto establecer, y mantener un sistema interamericano de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias comerciales internacionales. Tuvo su origen en la Primera Conferencia Financiera Panamericana de 1915, en la que se adoptó el principio de arbitraje comercial para la solución de conflictos, aunque debió esperarse a la Resolución de la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos para que se constituyera en 1934 la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), bajo los auspicios de la *American Arbitration Association (AAA)*, esto es por una entidad con sede en EE UU que, en colaboración directa con la Unión Panamericana, logró consolidar un sistema interamericano de arbitraje cuyo objetivo era establecer relaciones estrechas entre las asociaciones comerciales de las Américas con completa independencia del control oficial. De ahí la constitución una entidad que representase los intereses comerciales de todas las Repúblicas y asumiese la responsabilidad de implantar un sistema interamericano de arbitraje como una de sus funciones primordiales.

La Comisión es un organismo privado e independiente de todo control oficial nacional o internacional cuya finalidad primordial es implantar un sistema interamericano de arbitraje; se integró con representantes de los diversos Estados americanos, creando Comités Seccionales con el objeto de establecer y mantener listas oficiales de árbitros de reconocido prestigio, honorabilidad y competencia, y de organizar y sostener en cada Estado un tribunal interamericano de arbitraje comercial con el cometido de solucionar por medio del arbitraje las controversias y litigios de índole mercantil. Con tal finalidad cuenta con un Reglamento de Procedimiento que según la redacción vigente a partir del 1 de abril de 2002, modificado en 2008, sigue directamente las pautas del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Hasta el 31 de octubre de 1980 la CIAC funcionó en Nueva York en las Oficina de la AAA y a partir del 1 de noviembre de dicho año trasladó sus oficinas al Edificio de la OEA en Washington D.C. En 1958 la Comisión fue reorganizada, funcionando en los diversos países latinoamericanos por medio de delegaciones o Comités locales, que mantenían listas permanentes de árbitros, y desarrollaban programas.

La Comisión cuenta con una directiva que realiza, esencialmente, funciones de coordinación en torno a las actividades de las secciones nacionales. Cuenta con un Director entre cuyas funciones figura la tramitación de las solicitudes de arbitraje, la designación de los árbitros y la determinación del lugar de arbitraje sin las partes no lo han establecido previamente. Debe abundarse en esta función coordinadora pues el sistema de la CIAC tiene un carácter marcadamente descentralizado con el apoyo esencial de las Secciones Nacionales que se han creado en cada país, que poseen una

marcada autonomía para establecer su régimen interno y para el establecimiento de listas particulares de árbitros. Ahora bien, pese a su labor esencialmente asistencial la CIAC se beneficia del importante soporte financiero del BID y del BIRF y con la masiva difusión de su cláusula de arbitraje a través de la acción cameral, señaladamente de las Cámaras de Comercio del Pacto Andino.

El CIAC fue reconocido por la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial de 1975, que agrupa los siguientes Estados: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. De acuerdo con el art. 3 de este instrumento, a falta de acuerdo entre las partes contratantes, el arbitraje se llevará a efecto conforme a las reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Esta referencia no se limitó al Reglamento de Procedimiento de Arbitraje de la CIAC al momento de aprobarse la Convención y se tuvo en cuenta que dichas reglas podrían ser modificadas, como ha ocurrido en la práctica.

Al margen de la administración los arbitrajes internacionales en la región, asistiendo así a las partes para que resuelvan sus controversias por medio de la conciliación, la mediación y el arbitraje, la CIAC tiene, entre otras misiones, desarrollar programas educativos e informativos para un mejor conocimiento e interés en la utilización del arreglo de los métodos alternativos de solución de controversias, participando activamente en programas de capacitación y difusión de los mencionados métodos por medio de la ayuda de organismos internacionales y privados.

A mediados de la década de los ochenta el ámbito de la Comisión se extendió fuera de su entorno originario extendiéndose, por ejemplo, a España, constituyéndose la Cámara de Comercio e Industria de Madrid como la Sección Nacional de la CIAC en España [vid. J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 160-163].

IV Jornada Internacional de Arbitraje UCEMA/CIMA, realizada en Buenos Aires de manera virtual el 4 de noviembre de 2021



Roberto Carlos Hermida

Abogado, Arbitro. Representante de CIMA en Argentina (Buenos Aires)

Este año la IV Jornada Internacional de Arbitraje de la Universidad del CEMA de Buenos Aires, fue organizada con la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y en esta oportunidad se hizo conjuntamente con la segunda edición de las Jornadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para América Latina y el Caribe (UNCITRAL LAC Days).

Las Jornadas se desarrollaron en dos paneles y los ponentes invitados para el primero de ellos se refirieron a la siguiente pregunta: «El arbitraje frente al Covid-19: ¿Audiencias presenciales, híbridas o virtuales?» Sin duda estos tiempos extraordinarios no solo suponen un reto para la práctica arbitral, sino que nos brindan la oportunidad de evolucionar para hacer que el arbitraje funcione mejor; proporcionar ahorro real de tiempo y costes que debe valorarse de forma positiva. Durante las exposiciones brindadas por Juan Serrada Hierro y el Profesor José Carlos Fernández Rozas como Presidente y Coordinador del Servicio de Mediación de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, respectivamente, se ilustró ampliamente sobre las características, novedades y enseñanzas que nos ha traído la crisis pandémica y la nueva forma de llevar a cabo las audiencias arbitrales por métodos telemáticos, práctica esta que ha venido para quedarse. En opinión de estos ponentes los nuevos usos tecnológicos exigen la presencia diversos abogados capacitados y el empleo de una plataforma adecuada lo que representa, en este último caso, presentan una inversión considerable, y la compra de múltiples equipos que faciliten su desenvolvimiento en la audiencia. Pero a pesar de ello, a largo plazo será más rentable que incurrir en todos los gastos de viajes a otro país para una audiencia. Por su parte, Rafael Carlos del Rosal Carmona, Director en International Centre for Dispute Resolution® (ICDR) de Nueva York, ilustró sobre la ciberseguridad, y las medidas o sistemas apropiados para cuidar este importante detalle en materia de arbitrajes realizados con modalidades ODR (Online Dispute Resolution). Posteriormente Marianela Ventura Secretaria General en Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, disertó acerca de las modalidades propias que utiliza este importante centro arbitral peruano, donde se realizan un promedio de 100 audiencias audiovisuales

por mes. Sus explicaciones fueron muy didácticas, ya que provienen de las experiencias prácticas en el uso cotidiano de estas herramientas tecnológicas.

Con ocasión del segundo panel, se hicieron valiosos comentarios y agudas observaciones sobre los instrumentos UNCITRAL, y la importancia de su aplicación en la región. La CNUDMI-UNCITRAL, realiza esfuerzos para crear conciencia en la región de América Latina y el Caribe sobre la importancia de los instrumentos que ha elaborado en los últimos años y su armonización legal en la región. Este año, fueron convocadas diferentes instituciones y universidades de la región, para tratar como temas centrales «Los nuevos textos de la CNUDMI en Mediación y Arbitraje Internacional». Estos instrumentos complementan los anteriores ya existentes en mediación y arbitraje internacional, en especial la Convención de Nueva York y la Convención de Singapur sobre la Mediación, que son piedras fundamentales en esta área. En la mediación internacional son especialmente: a) la Guía para la promulgación y el uso de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos Internacionales sobre la mediación, b) el Reglamento de Mediación de la CNUDMI, y c) las Notas de la CNUDMI sobre Mediación. Las nuevas herramientas reguladoras sobre mediación intencional son: a) la Convención de las Naciones Unidas sobre acuerdos internacionales de solución resultantes de la mediación (la «Convención de Singapur sobre la Mediación») y b) la Ley modelo de la CNUDMI sobre mediación comercial internacional y acuerdos de solución internacionales resultantes de la mediación, del 2018. En cuanto al Arbitraje Internacional, los nuevos textos son el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI y la nota explicativa adjunta al mismo. A partir de la presencia de estos instrumentos los expositores Gonzalo Stampa Casas desde Madrid y Judd L. Kessler desde Washington DC han hecho un brillante análisis de los Instrumentos UNCITRAL en materia de Mediaciones, con comentarios y análisis doctrinarios respecto las Notas de la CNUDMI sobre Mediación y la «Convención de Singapur» abierta a la firma de los estados que decidan adherirse desde el 7 de agosto de 2019. Por su parte, Carlos Valls Martínez desde Barcelona, y Gabriel Bottini desde Buenos Aires, expusieron los aspectos más relevantes de los nuevos textos del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI y la nota explicativa adjunta.

Todos las enseñanzas y comentarios fueron muy bien recibidos por los asistentes al evento de manera virtual, generándose una ronda de preguntas puntuales que respondieron los ponentes, que fueron canalizadas a través de los Moderadores Cecilia Lanús Ocampo de UCEMA, y Roberto Carlos Hermida de CIMA Argentina.

En evento contó además con el apoyo de distintas instituciones tales como la Asociación de Fomento del Arbitraje (AFA) de Barcelona y la Interamerican Bar Association (IABA).

Debe destacarse que como corolario del evento, que en materia de Audiencias Audiovisuales, la utilización de plataformas y modalidades virtuales son en la actualidad una práctica cotidiana, afirmando el Profesor Fernández Rozas que las practicas ODR, son el futuro indiscutidamente y el inicio de una nueva etapa en materia de Resolución Alternativa de Disputas, siendo la utilización de esos sistemas la regla y no en la excepción.

Nuevo libro editado por Sixto Sánchez Lorenzo sobre Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado) (Cizur Menor, 2020)



Gonzalo Stampa

Socio fundador de Stampa Abogados

Árbitro internacional

La caustica Dorothy Parker —nacida Dorothy Rothschild— nos advertía del alivio que suponía encontrar en un libro de reglas o de leyes alguna que nunca te afectará. Pero no es el caso en la presente obra, compuesta por diecisiete estudios referidos a aspectos clave del arbitraje comercial internacional, analizados desde una perspectiva comparada, abordados por once autores de primer nivel académico y donde la premisa de la Sra. Parker, afortunadamente, no se cumplirá; especialmente, si el lector de la obra dedica su especialidad profesional a la práctica habitual del arbitraje.

Aunque la coherencia argumentativa, de estilo y de pensamiento —desde el pleno respeto a la libertad de cada uno de ellos— de este tipo de obras conforma un reto de relevancia, capaz de poner a prueba la paciencia y la templanza de cualquier editor, este libro constituye un ejemplo para su elaboración coherente, al partir de un postulado definido por su editor desde el Prefacio —la regulación del arbitraje comercial internacional carece de la armonización que sería deseable para alcanzar su plenitud— y ser capaz de mantener su formulación a lo largo de todas sus páginas.

En cada controversia, árbitros y abogados deben partir de una delimitación legal del arbitraje que, en muchas ocasiones, depende de sistemas jurídicos nacionales idiosincrásicos o con particularidades notables. Leyes de arbitraje nacionales, reglamentos institucionales y convenios internacionales ayudarán a definir ese régimen que, a la postre, arrojará respuestas potencialmente diversas sobre cuestiones claves relativas, por ejemplo, a la validez del acuerdo arbitral, al modelo de constitución

del tribunal arbitral, a las reglas de procedimiento o a la estructura formal, estilo y contenido del laudo.

El editor ha aprovechado el impulso de este escollo inicial para convertirlo en ventaja. La aproximación comparativa de la obra utiliza el método científico para amoldarse a la necesidad práctica del árbitro, que debe acreditar una visión panorámica, capaz de ordenar y aplicar coordinadamente las cuestiones legales de la jurisdicción primaria (es decir, la sede del arbitraje) con las de aquellas otras jurisdicciones secundarias donde el laudo arbitral deba desplegar, eventualmente, sus efectos. Ahí radica uno de los aspectos más atrayentes del arbitraje, que hacen de la práctica y del estudio de esta especialidad jurídica un reto constante.

De esta forma, la obra complementa —con brillantez— una laguna ya detectada en el estudio del arbitraje comercial internacional dentro de la literatura jurídica en habla hispana y agrupa su análisis en diferentes bloques de problemas, dotados todos de una auténtica reflexión comparativa, que es reseñable por su rigor y su aportación científica y práctica, así como por las extensas referencias bibliográficas que, de forma ordenada, acompañan a cada capítulo. El resultado es una obra en la que cada uno de sus capítulos responde a una idea común, adaptada a la particularidad del tema, pero respetuosa con la forma y el propósito compartido. De esta manera, fruto de una evidente coordinación real, el libro presenta una indudable utilidad, pues cada capítulo puede ser consultado y aprovechado de forma individual, pero se ofrece al mismo tiempo la posibilidad de una lectura coherente y progresiva de principio a fin. Por ello, la ordenación de los capítulos no es casual, como nada lo es en esta vida.

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La delimitación conceptual del arbitraje comercial internacional agrupa los primeros cuatro capítulos de la obra.

Sébastien Manciaux, profesor en la Universidad de Borgoña, firma un primer capítulo, que delimita la consigna fundamental de toda la obra, al analizar el alcance que los adjetivos «comercial» e «internacional» confieren al sustantivo «arbitraje» y detectar una ausencia significativa en su carencia de regulación homogénea. Sobre la base del aforismo calificar es limitar, la contribución del Profesor Manciaux construye un análisis sólido de la interrelación de estas dos características del arbitraje, tan mencionadas habitualmente por ponentes, como carentes, en realidad, de un desarrollo conceptual adecuado: su comercialidad y su internacionalidad. El Profesor Manciaux aborda la calificación comercial del arbitraje desde el análisis histórico —breve— de la evolución de sus limitaciones legislativas, actualmente superadas por el pragmatismo de la realidad. En apariencia, esta evolución habría condenado este concepto a un ostracismo, motivado por su escasa utilidad jurídica en la delimitación de las controversias sometidas a este mecanismo de solución de diferencias. Sin embargo, Manciaux supera, hábilmente, esta situación con una aportación conceptual significativa: el denominado arbitraje de controversias económicas internacionales. Su amplio alcance permitiría englobar dentro de su definición las dos categorías en las que actualmente podemos dividir la práctica del arbitraje: el comercial y el de inversiones. De esta forma, la

calificación de la comercialidad del arbitraje adquiere un sentido útil, que el autor conecta con el segundo de los adjetivos anteriormente apuntados: su internacionalidad.

La internacionalidad del arbitraje deriva de su comercialidad, en tanto que constituye un concepto que recoge la natural e innegable expansión del comercio más allá de sus formas originales. Manciaux nos advierte, de nuevo, sobre la utilización indiscriminada de este adjetivo aun cuando el mismo carece de una definición y de una regulación legislativa uniformes. En la actualidad, tal calificación se aborda desde criterios meramente económicos de la transacción que conforma la controversia o desde criterios jurídicos, estrechamente relacionados con aquellos utilizados en el derecho internacional privado para determinar el derecho aplicable cuando en una relación jurídica concurren elementos de internacionalidad.

En definitiva, la contribución de Manciaux permite apreciar tanto la complejidad de ambos conceptos, como la utilidad de su indefinición, demostrada a lo largo de los de los años.

Al mismo fin de delimitación responde el segundo capítulo escrito por Beatriz Añoveros Terradas, de la Universidad Ramón Llull, que sirve para deslindar el arbitraje comercial internacional de otras fórmulas de solución de controversias, como el arbitraje de inversiones, el arbitraje propiamente internacional, la mediación y la conciliación y otras fórmulas de ADR. Añoveros sitúa el origen de estas últimas en los Estados Unidos de América, en 1976, y, a partir de esa base, describe los diferentes métodos existentes y su distinta concepción cultural, dependiente de los ordenamientos jurídicos en los que los mismos se aplica. Aunque su autora nos previene de la ausencia de ánimo exhaustivo alguno en su enumeración, tal salvedad no empece para que exponga, con detalle, las características jurídicas y culturales más relevantes en cada una de las jurisdicciones elegidas para desarrollar su exposición. En cuanto al arbitraje comercial internacional, destaca la ausencia de un concepto uniforme, en línea con las aportaciones precedentes en esta misma obra colectiva.

La delimitación se completa, *ratione materiae* y *ratione personae*, con los dos capítulos siguientes, que acotan la arbitrabilidad material (a cargo de Manuel Penadés Fons, del King's College) y también la arbitrabilidad subjetiva para la participación del Estado y de los entes públicos en el arbitraje comercial internacional analizada por José Carlos Fernández Rozas (Universidad Complutense de Madrid) y Ana Fernández Pérez (Universidad de Alcalá de Henares).

Penadés analiza la arbitrabilidad material de la controversia desde su vertiente objetiva y subjetiva y partiendo de la ausencia de una regulación uniforme de sus contenidos como premisa argumentativa. Esta ausencia de homogeneidad regulatoria queda reflejada en la diversidad de criterios contenidos en las resoluciones arbitrales analizadas por el autor. Penadés aborda esta cuestión —de vital importancia en el procedimiento arbitral— desde la triple óptica del profesor universitario, del especialista en derecho arbitral y del juez de control. La conclusión que obtiene circunscribe la verdadera delimitación de su alcance al hecho de que alguna de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral inicie las acciones oportunas de apoyo o de control del laudo. Será en este contexto donde este concepto tan relevante —escasamente analizado— alcance un significado pleno, cuyos efectos dependerán de la realidad de la labor permanente que sea desarrollada por el árbitro para el análisis de esta cuestión en el laudo que dicte.

Como bien indica Penadés, la arbitrabilidad y la aplicación de la ley para su determinación constituyen los elementos de una materia clave para prosperabilidad del arbitraje comercial internacional.

El Profesor Fernández Rozas y la Profesora Fernández Pérez analizan las claves para consolidar la utilización del arbitraje «...como algo más que una mera opción...» tanto en aquellas diferencias planteadas en el comercio internacional entre inversores privados y Estado receptores de la inversión, como en aquellas otras incursas dentro de la modalidad que se ha dado a conocer como arbitraje administrativo o en materia administrativa y que, según el autor, «...contribuye a descongestionar el sistema judicial y además propone otra opción válida más que puede permitir escoger una vía u otra, según la libre voluntad de las partes...». Su análisis sobre la incidencia del interés público en la limitación de la arbitrabilidad de este tipo de controversias es significativo, por su aportación doctrinal a un aspecto que, por lo general y pese a su habitual invocación en ciertos círculos, carece de un desarrollo teórico tan fundamento como el que los Profesores sintetizan — magistralmente— en su contribución.

DIMENSIONES DEL ACUERDO ARBITRAL

El siguiente bloque de capítulos constituye un estudio comparativo amplio y detallado de las dimensiones del acuerdo arbitral.

El primero de los capítulos sobre el acuerdo arbitral, a cargo de María Luisa Palazón Garrido (Universidad de Granada), aborda monográficamente el alcance del principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral. A renglón seguido, la validez formal y sustancial del acuerdo es analizada por Sixto A. Sánchez Lorenzo (Universidad de Granada), y sus efectos positivos y negativos, así como los remedios en caso de incumplimiento son objeto del capítulo redactado por Rosa M.^a García Pérez (Universidad de Granada).

El análisis del Profesor Sánchez Lorenzo contiene los elementos de la crítica constructiva que suelen caracterizar sus observaciones sobre esta materia. Tras delimitar el concepto de acuerdo arbitral y analizar las diferentes denominaciones técnicas bajo el que el mismo se instrumenta, el Profesor Sánchez Lorenzo se adentra en el análisis del principio de autonomía y de su separabilidad, para situar, acertadamente, el debate sobre su fundamento en un principio anclado en el Derecho contractual, más que en el Derecho del arbitraje. Como consecuencia de esta separación, la ley aplicable a cada contrato autónomo debe o puede ser diferente, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Este análisis, pragmático y realista, está incardinado en los requisitos de la ley aplicable. Su desarrollo parte de la exigencia y de la conveniencia de la existencia de un acuerdo arbitral formalizado por escrito, con la finalidad de facilitar que, en caso de ser necesario, pueda beneficiarse de las consecuencias legales específicas previstas por la ley.

A partir de aquí y con pleno respeto al principio de libertad de forma, analiza la posibilidad de que existan los acuerdos arbitrales por referencia, o sustentados en el intercambio de correspondencia entre las partes contendientes o instrumentados en la formulación de una solicitud de arbitraje y su

contestación sin reservas sobre la validez formal del acuerdo arbitral en el que la misma se sustente; es decir, siempre que quede constancia de su contenido en cualquier forma.

El análisis de la validez sustancial del acuerdo arbitral le permite adentrarse en las cuestiones sobre la incapacidad o sobre las limitaciones legales de las personas físicas y jurídicas para su suscripción, sobre los vicios que pueden concurrir en la prestación de su consentimiento y sus consecuencias jurídicas, sobre la insuficiencia o indeterminación de su objeto (las denominadas cláusulas patológicas) o sobre la ilicitud de su objeto. Este último aspecto, atinente a la arbitrabilidad, permite a este autor acometer su análisis desde la validez sustantiva del acuerdo arbitral —concebido como negocio jurídico— y desde la identificación de sus efectos cuando las cuestiones indicadas se suscitan dentro de una acción de anulación del laudo.

El Profesor Sánchez Lorenzo es respetuoso con el principio de mínima intervención judicial, desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable a la determinación de la validez del acuerdo arbitral y de las cláusulas compromisorias. Opta así por afrontar esta cuestión tan relevante desde una armonización, sintetizada en las tres sugerencias que, ubicadas la final de su contribución, invitan al lector a una reflexión profunda sobre su alcance.

María Luisa Palazón Garrido firma asimismo un capítulo clave sobre la transmisión, extensión y terminación del acuerdo arbitral, que aporta una sistematización y un enfoque de singular valor.

Finalmente, Rosa Miquel Sala (Universidad de Bayreuth) se enfrenta a la pluralidad de partes con carácter general y a la interrelación de acuerdos de arbitraje en particular, cuestión que José Joaquín Vara Parra abordará asimismo desde otra dimensión en un capítulo independiente. Centrándonos en la contribución de la Profesora Miquel, destaca su rigor analítico de todos los aspectos procedimentales de la pluralidad de partes en el arbitraje comercial internacional, basado en un conocimiento y detallado tanto de la normativa arbitral comparada, como de los principales reglamentos arbitrales vigentes. El resultado es un estudio sistemático, certero, bien planteado desde una correcta calificación jurídica del arbitraje multiparte.

Desde esta premisa, la Profesora Miquel aborda la importancia del respeto al principio de igualdad en la designación y en la elección de los componentes del tribunal arbitral, con especial atención a la comprensión del alcance de la doctrina emanada del famoso asunto *Dutco*, como decisión clave en la regulación y enunciación de este principio informante. A continuación, sirviéndose de una diferenciación simple del momento procedimental donde acontezca, distingue entre aquella pluralidad inicial y la sobrevenida, cuando la tramitación del procedimiento ya está en curso.

En el primer supuesto, partiendo de que la aplicación analógica de normas procesales civiles no está justificada en el procedimiento arbitral, analiza dos cuestiones relevantes: (i) el arbitraje multiparte, centrado en el estudio somero de la extensión subjetiva del acuerdo arbitral sobre la base del asunto *Dow Chemical* y de las diferentes regulaciones existentes sobre la incorporación de terceras partes no signatarias del acuerdo en el arbitraje; (ii) el arbitraje multicontrato y multiparte, es decir, aquellos supuestos referidos a varios contratos concluidos por las mismas partes, en relación una misma operación económica y la determinación de la competencia arbitral para conocer y decidir sobre la

controversia planteada. En definitiva, aborda la extensión objetiva del acuerdo arbitral, basada en la aplicación de la teoría del grupo de contratos como articuladores de una transacción indivisible.

En el segundo supuesto —la pluralidad sobrevenida— la Profesora Miquel aborda la incorporación de terceros y la acumulación de procedimientos. El primero de los supuestos se centra en aquellas ocasiones en las que la pluralidad acontece una vez iniciado el procedimiento. La Profesora analiza la admisibilidad de la incorporación de terceros en este supuesto con una prolija cita de normativa arbitral y de disposiciones de reglamentos arbitrales, para exponer los requisitos subjetivos y objetivos exigidos por estas disposiciones para su aceptación, así como aquellas regulaciones que determina —de forma obligatoria— su admisión o su rechazo.

En cuanto a la acumulación, la autora centra su análisis en la premisa de la existencia de un acuerdo de las partes, de su consentimiento y de la existencia de ciertas normas estatales y disposiciones de reglamentos arbitrales que permiten ordenar la acumulación de varios procedimientos arbitrales, con independencia de tal consentimiento.

Este profundo análisis le permite, por último, exponer el funcionamiento práctico de procedimiento arbitrales paralelos, detectar adecuadamente sus ventajas y sus inconvenientes y distinguir esta figura del arbitraje colectivo, con una aproximación conceptual clara a los problemas que esta figura en relación comparativa con el arbitraje representativo cuyo máximo exponente, hasta la fecha, es el asunto *Abaclat*.

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y ÁRBITROS

La contribución finaliza con cuatro propuestas de mejora de aspectos esencial de este difícil supuesto procedimental, dando paso a los siguientes tres capítulos de la obra, relativos a la constitución del tribunal arbitral y al estatuto de los árbitros, redactados por José Carlos Fernández Rozas y Ana Fernández Pérez.

El Profesor Fernández Rozas dedica el capítulo más extenso de la obra a un estudio pormenorizado de los principios, mecanismos y procedimiento de selección y nombramiento de los árbitros, con una profusión de legislación arbitrales, regulaciones de reglamentos arbitrales y sentencias de control sobre la materia que hacen de esta contribución un estudio de referencia en la materia, por la correcta sistematización de sus conclusiones sobre cada uno de los componentes y principios atinentes a esta cuestión arbitral nuclear y estratégica. La Profesora Fernández Pérez se ocupa del tema central de la independencia e imparcialidad de los árbitros. Ambos, además, suscriben conjuntamente el estudio sobre la confidencialidad y la responsabilidad de los árbitros, con el que finaliza este conjunto de contribuciones.

EL LAUDO ARBITRAL Y SU CONTROL

El último de los bloques de la obra reserva cuatro capítulos a los aspectos sustantivos referidos al laudo arbitral y a su control.

El Profesor Sixto A. Sánchez Lorenzo aborda el análisis de las cuestiones, muy vinculadas entre sí, sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia y la motivación del laudo; aspectos sustantivos ambos donde las diversidades son habitualmente palpables y, en muchos casos, cruciales.

La primera de tales contribuciones analiza los diferentes instrumentos y técnicas existentes en el arbitraje comercial internacional para la determinación del derecho sustantivo aplicable. Tras sistematizar las diferencias aplicables entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad concluye —con acierto— que la definición de la ley sustantiva aplicable sólo procederá en aquellos supuestos de arbitraje de derecho, al entender que el arbitraje de equidad se centra en la delimitación de los hechos fundamentales de la controversia. El Profesor Sánchez Lorenzo analiza la elección expresa y tácita de las partes sobre la cuestión, así como las ventajas e inconvenientes inherentes a la elección necesaria de un derecho estatal concreto como sustantivamente aplicable, en combinación con la *lex mercatoria*. También contempla en esta contribución las herramientas disponibles para el árbitro cuando le compete esta definición, generalmente, en ausencia de acuerdo expreso de las partes en tal sentido. Las soluciones conflictuales y materiales son diversas, basadas siempre en el axioma de que los árbitros, en cuanto que privados, deben atender al contenido de las normas de conflicto que estimen más apropiadas para decidir el objeto de la diferencia planteada. Este análisis abarca, igualmente, la vía directa, cuya aplicación contemplan ordenamientos diversos —entre los que se encuentra el español— y que simplifican esta elección. Finalmente, la contribución del Profesor Sánchez Lorenzo analiza el impacto de las normas internacionalmente imperativas, completando así una aproximación crítica, completa y profunda a la cuestión suscitada, característica del pensamiento doctrinal del autor.

Sobre la motivación del laudo, la segunda de las contribuciones, el Profesor Sánchez Lorenzo realiza este aspecto doctrinal, a menudo olvidado, pese a su importancia técnica. Sólo por este hecho ya merece nuestra atención y respeto. El autor analiza las causas que justificarán el conocimiento del razonamiento en el que el árbitro haya fundado sus conclusiones contenidas en el fallo del laudo y los aísla, primordialmente, en una necesidad de las partes para poder articular sus pretensiones sobre el control judicial del laudo. La contribución analiza el impacto que la ausencia de tal motivo o su instrumentación deficiente puede tener en las casuales de anulación legalmente previstas, identificando incluso aquéllas que eventualmente puedan suponer una quiebra del orden público procedimental, circunscritas al arbitraje doméstico, en la mayoría de las legislaciones analizadas. En cuanto a la ley española, el contenido, sin duda, deberá ser revisado en otras ediciones al amparo de la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 15 de febrero de 2021 y de 15 de marzo de 2021, posteriores a la publicación de la obra.

Tal vez la armonía de soluciones pueda ser mayor, solo *a priori*, en el diseño de los mecanismos judiciales de control del laudo arbitral, tanto en el recurso de anulación, abordado por Manuel Penadés Fons, como en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrajes extranjeros que desarrolla Ana Quiñones Escámez (Universidad Pompeu Fabra).

El panorama editorial mundial ofrece escasas aportaciones que aborden el arbitraje comercial internacional desde una perspectiva comparada como la que aquí se propone, incluso cuando se

presentan como tales. De ahí que el principal valor de la obra que comentamos radique en la utilización de la técnica de la aproximación comparativa como premisa de la aplicación de un método de análisis de las diferentes cuestiones que suscita la práctica del arbitraje comercial internacional. Su Prefacio nos anticipa que estamos ante un proyecto de investigación concebido en dos fases y pendiente de completar en una segunda edición en la que se pretende añadir, particularmente, el tratamiento de las cuestiones más procedimentales además de otros puntos como el juego de la intervención judicial. Desde luego sería deseable que una obra de esta envergadura y calidad tuviera una continuidad y un desarrollo futuros, pues además de suponer una contribución académica de primer orden, es una ayuda impagable para quienes nos dedicamos a la práctica del arbitraje comercial internacional y, como decía Sófocles, la obra humana más bella es la de ser útil al prójimo.

La profesora Ana Fernández Pérez dirige una importante monografía sobre Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI (Cizur Menor, 2021)



Francisco Ruíz Risueño

Abogado del Estado (ex.)

Secretario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ARREGLO DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE CARÁCTER EXTRAJUDICIAL

El cada vez mayor empleo de la mediación y del arbitraje han dado lugar a un cambio en la consideración del capítulo de arreglo de controversias internacionales de carácter extrajudicial, precisa del debido período de adaptación para que todos los operadores implicados asimilen y acepten las nuevas técnicas y los valores que incorporan, con la consiguiente repercusión en el debate académico. Este libro es una expresión directa de dicho debate. Su origen fue el «I Curso interuniversitario internacional» organizado por la Universidad de Alcalá en abril de 2021 y patrocinado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, donde participaron quince centros universitarios y otras entidades dedicadas a la solución de controversias de América latina: Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (República Dominicana), Universidad Autónoma de Nuevo León (México), Universidad de Alcalá (España), Universidad de Chile, Universidad de La Habana (Cuba), Universidad de Medellín (Colombia), Universidad de Talca (Chile), Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (UCEMA), Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Otras entidades participantes fueron la Barra Queretana. Colegio de Abogados (México), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (España) y el Tribunal Superior de Justicia de Querétaro (México).

La presente monografía agrupa las diversas intervenciones, expuestas por especialistas de reconocido prestigio a un alumnado superior a los quinientos participantes siguiendo como hilo conductor el estudio de las posibilidades de la mediación y el del arbitraje individualmente considerados, de un lado, y su interacción, de otro lado, junto a su contribución al fortalecimiento de una nueva cultura de solución de litigios. Una cultura, apoyada por el empleo de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial, que está sentando las bases para la gestión positiva de los conflictos a través del diálogo, la empatía, la solidaridad, la comprensión, la tolerancia y la equidad; factores que promueven la participación activa de la sociedad en la resolución de sus propios conflictos combatiendo la crisis de justicia. El libro presta atención en su primera parte a las referidas posibilidades y en su segunda parte a su tratamiento particularizado en los sistemas nacionales de América latina.

POSIBILIDADES DEL ARBITRAJE Y DE LA MEDIACIÓN

Se desprende con toda claridad en las distintas secciones de este libro las inmensas ventajas y las múltiples posibilidades que el arbitraje y la mediación brindaron como mecanismos para resolver satisfactoriamente una controversia tras la pandemia causada por el Covid-19. Así lo pone de relieve Eduardo Picand, Profesor de Derecho Internacional Privado y arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su estudio sobre algunos desafíos de la justicia arbitral en tiempos de obligado confinamiento (pp. 185-192). En su opinión, el Covid-19 ha acelerado rápidamente la digitalización y virtualización de las actividades humanas y nos ha obligado forzosamente a vivir en el presente cosas o situaciones que sólo pensábamos que ocurrirían en el futuro. Una verdadera avalancha tecnológica en el sector justicia ha permitido la creación de plataformas virtuales para la tramitación de los juicios arbitrales lo que dos años atrás era impensable para un árbitro prescindir de un expediente físico o simplemente no realizar audiencias presenciales con las partes. La comunidad arbitral ha debido cambiar o mudar abruptamente al expediente digital, las salas virtuales, las videoconferencias y la presentación de pruebas digitales.

Acudir a la jurisdicción conlleva muchas veces el fin de la relación; por tanto, las controversias precisadas de que las partes sigan manteniendo relaciones en el futuro, el proceso judicial no se presenta siempre como la vía más apropiada. Baste comprobar que en el concreto sector comercial, al evitar judicializar el litigio, las fórmulas alternativas acostumbran a ser más atractivas para los contendientes en el sentido de preservar la relación temporalmente frustrada. De ello da cuenta el extenso estudio del profesor José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho internacional privado y árbitro internacional (pp. 37-93) sobre la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial que se incluye en este libro. Subraya este autor que para apoyar y permitir el cumplimiento del conjunto de acuerdos sustentadores de los negocios internacionales es esencial la disponibilidad de métodos alternativos de resolución de conflictos, lo que obliga a su anticipación a través de las cláusulas adaptadas a la naturaleza de las controversias que probablemente se produzcan, y obtener la aportación significativa del cliente. Como resultado aparecen una creciente variedad de técnicas desarrolladas al margen de los foros tradicionales de la jurisdicción estatal y portadoras de diversas metodologías, con similitudes pero también con elementos diferenciales, que desempeñan un papel cada vez más importante en la contención, gestión y resolución de las fuentes

de conflicto. Ahora bien, 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, en su opinión, 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. Aunque no son una panacea, ni sustituyen al conocimiento de la jurisprudencia o de los sistemas jurídicos nacionales la atención a estas cuestiones ayuda considerablemente a los profesionales del Derecho del sector público y privado a estructurar mejores acuerdos portadores de los intereses de diferentes partes y superadores de muchos obstáculos en presencia. Fernández Rozas da cuenta del impulso cobrado por los ADR en las últimas décadas, como el nuevo método para lograr la justicia para las partes en conflicto, el hecho de ocupar cada vez mayor espacio en la literatura académica dentro de los diversos cometidos de la justicia. Cuestionados los mecanismos legales tradicionales, la solución ofrecida por los tribunales no es el único método para resolver los conflictos pues más allá de que sean fórmulas buenas y justas, pueden quedar superadas si las partes disponen de herramientas convenientes para solventar su particular litigio de forma rentable, fomentándose entre ellas el mantenimiento de sus relaciones a largo plazo. Aunque las dinámicas culturales de la resolución de conflictos son complejas e importantes, es probable que sean mucho más fáciles de aprender, acordar y dominar antes y durante los tratos comerciales transculturales que confiar en los sistemas judiciales extranjeros una vez que ha surgido un conflicto. En definitiva, una fórmula sensata y rentable de mantener a las empresas fuera de los tribunales y alejadas de un tipo de litigio que deteriora económicamente a los ganadores casi tanto como a los perdedores. Con todo el arbitraje, como alternativa a los tribunales estatales, ha sido y sigue siendo un sistema ampliamente utilizado en la resolución de controversias durante más de un siglo por su estructura flexible, amén de otras ventajas inherentes al mismo.

Precisamente el arbitraje ha cubierto décadas de solución de controversias mostrando una evolución dinámica en la resolución de los litigios, esencialmente comerciales, en respuesta a distintos desafíos que ha ido apareciendo en su práctica, como muestra la contribución de Gonzalo Stampa, Socio fundador de la firma Stampa abogados y árbitro internacional, en torno al *discovery* arbitral de documentos almacenados digitalmente, una institución modélica de las posibilidades de confluencia entre sistemas del *common law* y del *civil law* en la solución de los litigios por el cauce arbitral (pp. 167-183). Y esta evolución ha beneficiado no solo a las empresas sino a aquellos que prestan servicios como asesores, abogados, árbitros y proveedores de este mecanismo de solución de controversias. Con ello el arbitraje ha ocupado por derecho propio desde hace mucho tiempo un lugar relevante en la resolución de los litigios. La preferencia hacia el arbitraje comercial internacional en los litigios transfronterizos, se ha justificado en función de sus especificidades y, en particular, en la menor confianza de las partes en llegar a una solución si no se alcanza una decisión de carácter vinculante. Por esta razón, concluye Stampa, no ha existido un paralelismo entre los avances en el plano interno y en el plano internacional de la justicia alternativa.

MANIFESTACIONES DE LA INTERACCIÓN

Originados de manera independiente y alternativa a la jurisdicción y configurados como mecanismos autónomos de pacificación social los ADR son, *prima facie*, independientes del acceso a la justicia, aunque en ocasiones se incorporan a los sistemas judiciales como instrumentos de carácter complementario, nunca sustitutivo. Por lo general se contempla a los ADR desde una perspectiva individualizada. Sin embargo, los enfoques de «carácter mixto», que implican la interacción entre el arbitraje y otros ADR como la mediación, asientan un nuevo soporte de la argumentación en orden a la mejora de la eficacia de la resolución de conflictos. Se plantean así cuestiones tales como si estas herramientas alternativas pueden ser un sustituto adecuado del arbitraje comercial y, en particular, su virtualidad para cumplir la promesa de ofrecer una solución del concreto litigio rápida, económica e informal. Siendo el arbitraje uno de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, aunque de carácter heterocompositivo, su utilidad ha quedado suficientemente probada en la resolución de las controversias de carácter comercial en el marco transnacional. Pero no puede negarse que la mediación ha deparado también importantes éxitos en este cometido. 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. Pero también tienen sus pros y sus contras que deben superarse y, con tal propósito, la mediación en combinación con el arbitraje puede ser una vía de solución.

Por el momento los resultados de un estudio empírico revelan que el enfoque combinado se utiliza en un grado relativamente bajo, lo que contrasta con el reconocimiento generalizado de los beneficios que parece ofrecer. El documentado estudio de Marta Lalaguna Holzwarth, Secretaria de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, en torno a «Métodos híbridos. Aplicación las cláusulas de Med-Arb, Arb-Med y otras variantes» que se incluye en el presente libro (pp. 137-166). llama la atención de cómo algunos profesionales son reticentes al uso de estos métodos combinados no tanto por su novedad sino por los potenciales riesgos en su aplicación práctica conducentes a algunas inseguridades para las partes y sus representaciones. 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. En la gran mayoría de los litigios, las fases de mediación y de arbitraje están a cargo de diferentes profesionales que actúan con parámetros tan diversos como la adopción de decisiones obligatorias o el uso de caucus. Pero, en todo caso, cada vez se extiende en mayor medida el convencimiento de las numerosas ventajas de los procedimientos combinados entre arbitraje y otros ADR como el ahorro de costes, el aumento de la eficacia y el mantenimiento de una relación de cooperación amistosa entre las partes en litigio. En comparación con la mediación realizada por separado, la mediación combinada con el arbitraje posee unas ventajas insospechadas.

Profundizando en esta interacción Blas Piñar Guzmán, profesor, árbitro y mediador, aborda en su colaboración las modalidades que resultan de combinar la mediación con el arbitraje (pp. 193-202),

en particular, la mediación seguida de arbitraje (Med-Arb) y el arbitraje seguido de mediación (Arb-Med). Señala este autor las eventuales dificultades derivadas de que la misma persona funja primero como mediador y después como árbitro de la misma controversia conlleva una serie de dificultades. Cada parte revela al mediador información (e incluso documentación) privada acerca de sus intereses, necesidades, preocupaciones o márgenes de negociación que lógicamente condicionará su independencia o su imparcialidad a la hora de zanjar la disputa como árbitro, aumentando sus sesgos cognitivos o creando nuevos. Dicha circunstancia puede poner en peligro la confidencialidad propia del mediador (agravada o reforzada respecto de aquella de los procedimientos de mediación y de arbitraje en sí), y en jaque las garantías de igualdad, audiencia y contradicción inherentes al debido proceso arbitral. Todo ello deviene en la concurrencia de causas de potencial anulación del acuerdo resultante de la mediación o del laudo arbitral, así como de motivos de inejecutabilidad de estos.

Uno de los principales atractivos de la mediación es la posibilidad de adaptar el proceso a las necesidades de sus usuarios, a diferencia de muchas otras formas de resolución de conflictos. Dentro de estas posibilidades figura la denominada de «mediación en remoto» perfilada perfectamente en la contribución de Manuel Díaz Baños, Abogado Cuatrecasas. Secretario General del Centro de Mediación FIDE, donde se pone un énfasis particular en el relevante papel de la institución administradora. Los beneficios del uso de la mediación en remoto son, a su juicio, evidentes: ahorro de tiempo y coste, accesibilidad, conveniencia, así como la posibilidad de interactuar de manera asincrónica, esto es, la mediación en remoto le ofrece al mediador la posibilidad de utilizar mensajería electrónica, lo que dificulta la inmediatez de la comunicación pero favorece la reflexión y la desescalada del conflicto. Además, la mediación en remoto tiene respaldo en la normativa española y debe gozar de las mismas garantías exigibles al modelo presencial de mediación. Por consiguiente, los operadores jurídicos involucrados en una mediación comercial deberán asegurarse de que son respetados los principios informadores que rigen la institución de mediación respecto del proceso, las partes y el mediador; esto es: voluntariedad, lealtad, buena fe y respeto mutuo, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y formación del mediador, y flexibilidad del proceso

En la referida interacción entre mediación y arbitraje los Centros administradores han jugado un papel esencial, como pone de relieve el estudio incluido en este libro (pp. 203-210) a cargo de Javier Jiménez Ugarte, Ex Embajador de España. Consejero de *Lupicinio International Law Firm*. Las estadísticas ofrecidas por estas instituciones arbitrales demuestran las grandes posibilidades de que durante el procedimiento arbitral las partes lleguen a un acuerdo que resuelva la controversia sustituyendo la decisión de los árbitros. La decisión de concluir el arbitraje por voluntad de las partes sin necesidad de un laudo final que ponga fin al litigio y prescindiendo de la sustanciación de determinadas actuaciones arbitrales pendientes a realizar por los árbitros es una solución que acostumbra a acomodarse a los deseos de los litigantes. El hecho de que se produzca durante la pendencia del procedimiento permite distinguirla con nitidez de otras modalidades que se suscitan al margen de la sustanciación de las actuaciones arbitrales: antes del inicio del procedimiento, en la etapa prearbitral o con posterioridad a la emisión del laudo.

El potencial de las perspectivas o prácticas divergentes aumenta cuando se mezclan o combinan

procesos de resolución de conflictos y depurados mecanismos elaborados en el marco de las nuevas tecnologías. El binomio inteligencia artificial y vías de resolución extrajudicial de litigios, ya sea para aplicaciones de asistencia en la preparación y conducción del conflicto como en su resolución, marcan el camino para la inmediata evolución hacia el i-arbitraje y la i-mediación. Un estudio en profundidad de dicho binomio («ADR, ODR e inteligencia artificial: evolución en el arbitraje y la mediación») se ha incorporado a la presente monografía gracias a la aportación de Fernando Martín-Diz (pp. 95-118), donde el Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca alecciona al lector en torno a los mecanismos para la resolución de litigios a través de empleo de soluciones electrónicas y cualquier otra tecnología de la información y la comunicación susceptibles de incluir soluciones de inteligencia artificial. En su opinión han de tenerse en muy en cuenta dos marchamos distintivos. Uno, la canalización de la resolución de arbitrajes y mediaciones hacia sedes y plataformas electrónicas, en expresión de lo que se conoce como ODR (acrónimo universal para los medios extrajudiciales de resolución de litigios en sede electrónica) y otro, la aplicación inevitable de la inteligencia artificial, esa especie de contemporánea panacea tecnológica, que sin duda también se va abriendo paso en el entorno de las ADR y ODR. En este documentado estudio su autor lanza un reto, a nuestro legislador e incluso a nivel universal desde las Leyes Modelo que elabora CNUDMI, de dar un paso legal y tecnológico firme y avanzado en el cual se contemple la incorporación de la IA en funciones decisorias o mediadoras en la normativa, por ejemplo, si no se opta aún por el modelo de i-árbitro o i-mediador en solitario y único, en un modelo híbrido mixto, determinando que el tribunal arbitral pueda integrarse por personas humanas y por inteligencias artificiales o una comediación que aúne humano y máquina.

PERSPECTIVA DEL AMÉRICA LATINA DEL CARIBE

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, originados en Estados Unidos se expandieron en América latina y en el Caribe en los últimos años del pasado siglo como una de las disyuntivas más convenientes para reformar y mejorar los sistemas de tutela jurídica de la región. Así se pone de relieve con carácter global en la contribución de la Profesora Ana Fernández Pérez, centrada en los métodos alternativos de solución de controversias en América latina y el Caribe (pp. 213-255). La Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá, a través de una impecable metodología y un perfecto conocimiento de la materia apunta con acierto que el desarrollo de ADR en toda América Latina no puede desvincularse del fenómeno de la globalización, cuyas secuelas económicas y sociales, junto a su la eficiencia, efectividad y fomento de las relaciones comerciales justifican plenamente su paulatina acogida. Y a ello se unen factores sociales portadores de valores como el acceso a la justicia, la reducción de los retrasos judiciales y el incremento de los valores ciudadanos. Una mayor participación ciudadana es indispensable, en efecto, para ayudar a que las reformas legales sean más efectivas y sostenibles. Su posibilidad de descongestionar el aparato de justicia constituyendo una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la administración de la justicia y, al mismo tiempo, se alzan como una alternativa a un arbitraje dominado, en algunos círculos, por una judicialización y un legalismo excesivos. Es obvio que el sistema de solución de conflictos mayoritario en América latina propicia la confrontación y hasta tiempos muy recientes no se ha ocupado en la prevención de los conflictos a través de los ADR. Por eso, en su opinión, la negociación y la mediación deberían ser mecanismos de

uso permanente en las empresas, lo que requiere que los países evolucionen en el tratamiento de la conciliación/mediación, no limitada a la descongestión de los tribunales sino a una verdadera opción solucionadora de controversias y de acceso a la justicia. Al mismo tiempo no debe perderse de vista que la calidad de los ADR reposa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstos lo que requiere un control exhaustivo del nivel de formación profesional de los operadores que se dedican a estos menesteres. En efecto, los terceros encomendados para la práctica de los ADR deberán quedar obligados a justificar individualmente sus competencias, formación o experiencia mínima.

Esta última contribución cuenta con un importante complemento a través de la meditada aportación de Hernando Díaz-Candia, profesor y socio del despacho WDA legal, que se incluyen en la presente monografía (pp. 257-267) pone de relieve que si en lo histórico, la mediación nació muy cercana, puede decirse que casi confundible, con el arbitraje, en lo jurídico, se separó claramente de éste en el siglo XX y ahora, aunque ha conservado sus debidas, loables y constructivas diferencias, parece comenzar a seguir los pasos cualitativos del arbitraje en cuanto al reconocimiento y ejecución del acto que pone fin exitoso a la mediación. Eso podría incrementar, según este árbitro y profesor venezolano, la relevancia cuantitativa de la mediación como mecanismo de resolución de controversias y propiciar que los acuerdos transaccionales derivados de mediaciones pasen a adquirir (con base en su fuerza ejecutiva propia) autonomía jurídica y científica frente a contratos ordinarios, inclusive cuando carezcan de homologación judicial o conversión en un laudo arbitral. Tal camino ya se ha iniciado para la mediación comercial internacional, pero es deseable que eventualmente se extienda a la mediación en general como institución jurídica.

El panorama latinoamericano se completa con otras aportaciones vinculadas a los sistemas nacionales. Roberto Carlos Hermida se encarga del sistema argentino (pp. 269-280) donde, aunque no exista ninguna norma que establezca la mediación y el arbitraje en forma vinculada o conexas, ni tampoco esté regulado que sea una misma persona quien actúe como mediador y árbitro en un mismo proceso, algunas entidades administradoras de arbitraje, tienen en sus reglamentos la combinación de ambos institutos. La forma más frecuente de vincular Mediación y Arbitraje, es a través del convenio arbitral voluntario, que estipula entre las partes la obligación de concurrir primero a la instancia de mediación para luego pasar al arbitraje. Una clásica forma de «cláusula escalonada». María Fernanda Vásquez Palma, muestra su maestría en sus notas sobre la operatividad en Chile los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en general y del arbitraje en particular (pp. 281-307). La profesora Derecho comercial de Universidad de Talca apunta que los MASC no presentan un reconocimiento sistemático en la legislación chilena, sin perjuicio que ciertas normas contemplen algunos mecanismos que funcionan en la práctica. Y también pone de relieve que en relación al arbitraje, en Chile existen dos nociones, una para el Derecho doméstico y otra para el internacional. La primera es anacrónica y la segunda moderna pareciendo residir las razones de esta disparidad en su funcionamiento y la resistencia al cambio. Rodolfo Dávalos, Profesor principal de la Universidad de La Habana y Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional muestra en su contribución cómo el arbitraje comercial internacional es de larga data en Cuba (pp. 309-319) y cómo en país caribeño la mediación y el arbitraje no son sistemas autónomos, sino constituyen un mismo sistema, dado que pueden actuar conjuntamente en la

resolución de un mismo litigio. Por último, la perspectiva mexicana de la mediación corre a cargo de Jorge-Alejandro Mier Hernández (pp. 321-329), señalando que el aumento del empleo de este sistema alternativo, impulsado expresamente por el Poder Judicial Federal ha propiciado que muchos ciudadanos se abstengan de acudir a la justicia estatal, en virtud que, por medio de un procedimiento distinto, logran resolver la problemática presentada.

SUPERACIÓN DE LUGARES COMUNES

Siendo el arbitraje y la mediación dos formas de resolución de conflictos que coexisten desde hace mucho tiempo, pero que rara vez se combinaban. El gran mérito de este libro es explorar algunas de las razones de ello, y si, de hecho, una combinación de ambos procesos es susceptible de impulsar y de mejorar ambas prácticas de resolución de conflictos proporcionando nuevas perspectivas y opciones para cada uno de estos métodos. En él se pone de relieve que combinación de ambos procesos es susceptible de impulsar y de mejorar ambas prácticas de resolución de conflictos, proporcionando nuevas posibilidades y opciones para cada uno de estos métodos aportando a a los litigantes y a los profesionales, la seguridad de los resultados que ofrece el arbitraje con la capacidad de tener en cuenta los intereses futuros y subjetivos de las partes que ofrece la mediación. y los intereses subjetivos de las partes que conlleva la mediación.

Como podrá comprobarse de la lectura del libro, el variado repertorio de situaciones complejas, que pueden describirse colectivamente como «metodología mixta», incluye varios tipos de interacción cada vez más importantes de la resolución de conflictos comerciales, tanto a nivel nacional como internacional, pero de asimilación compleja en función de la diversidad de culturas y de sistemas jurídicos. Cualquiera que sea la opinión que se mantenga acerca de cada una de estas situaciones, el creciente movimiento mundial generado en torno a los ADR y las diversas percepciones sobre su naturaleza y utilidad, pone de manifiesto la necesidad de una reflexión meditada en torno al alcance de sus tendencias para evitar que se produzcan desvíos improcedentes.

Las características intrínsecas del arbitraje y la mediación suelen cifrarse en una serie de lugares comunes entre los que se figuran nociones como libertad, deslegalización, descentralización o ausencia de formalismos, a lo que se suelen añadir supuestas ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal: celeridad, confidencialidad, especialización, economía de recursos materiales y humanos, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e inmediatez entre estas y la persona llamada a arbitrar o a mediar. Todas estas características son evaluadas con precisión y maestría por quienes participan en la presente monografía, dirigida por la Profesora Ana Fernández Pérez.

Una merecida obra homenaje: Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini (Milán, 2021)

Este libro celebra la labor del profesor Giorgio Bernini, presidente honorario de ICCA, quien ocupó la cátedra de Derecho de la Unión Europea, Arbitraje y Derecho Comercial Internacional en la Universidad de Bolonia durante casi 30 años. Abogado internacional de gran éxito, fue Ministro de Comercio Exterior italiano y miembro de la Autoridad Antimonopolio italiana. Bernini ha construido una larga carrera en el estudio y la práctica del arbitraje con un historial de 450 casos. El libro se divide en una introducción y dos partes, para destacar muchas de las contribuciones de Bernini al Derecho.



En una sección introductoria especial del libro, titulada «Retratos de un pionero», algunos autores ofrecen referencias específicas a algunas de sus muchas actividades en el campo: desde el Instituto ICC de Derecho Mercantil Mundial hasta el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, desde el Asociación Italiana de Arbitraje a su vida profesional como abogado internacional. Seguidamente, en la primera parte del libro, se han recopilado ensayos sobre Derecho Contractual y Derecho Mercantil Internacional. La segunda parte está dedicada al arbitraje en sus múltiples dimensiones: derecho interno, internacional, comercial y de inversiones.

Los colaboradores se encuentran entre los publicistas más cualificados de las distintas Naciones, con las más altas credenciales académicas y experiencia contrastada en la materia: Yves Derains, Lise Bosman, Maria Beatrice Deli, Antonio Fraticelli, Guido Alpa, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, Roberto Ceccon, Gabriele Crespi Reghizzi, Abdel Hamid El Ahdab, H. Ercüment Erdem, Marcel Fontaine, Roy Goode, Kaj Hober, Ernst-Ulrich Petersmann, Fausto Pocar, Stefano Azzali, Ronald A. Brand, Sergio M. Carbone, Dominique Carreau, Claudio Consolo, Giorgio De Nova,

Donald Francis Donovan, Romain Zamour, Ugo Draetta, José Carlos Fernandez Rozas, Emmanuel Gaillard, Maria Chiara Malaguti, Eleonora Finazzi Agrò, Fabrizio Marrella, Margaret L. Moses, William W. Park, Hassan Rahdi, Christoph Schreuer, Nicola Soldati y Shengchang Wang.

ÍNDICE DE LA OBRA

- GIORGIO BERNINI: Ritratti di un pioniere / GIORGIO BERNINI: Portraits of a pioneer
- LISE BOSMAN, Giorgio Bernini and the International Council for Commercial Arbitration: Past and Present
- MARIA BEATRICE DELI, Giorgio Bernini e l'Associazione Italiana per l'Arbitrato.
- ANTONIO FRATICELLI, Giorgio Bernini visto da vicino

Parte I. Diritto dei contratti e del commercio internazionale / Contracts and international trade law

- GUIDO ALPA, Autonomia delle parti e scelta della legge applicabile al contratto «interno»
- ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Fondamenti teorici dell'autonomia della volontà nei contratti internazionali
- JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Scelta multipla e scelta parziale della legge applicabile ai contratti internazionali
- ROBERTO CECCON, Vis maior cui resisti non potest. La forza maggiore nel commercio internazionale e nel contenzioso arbitrale
- GABRIELE CRESPI REGHIZZI, La disciplina giuridica degli investimenti stranieri nella Federazione russa
- ABDEL HAMID EL AHDAB, The relationship between the Islamic Sharia» and the Roman Law
- ERCÜMENT ERDEM, Incoterms® 2020
- MARCEL FONTAINE, The process of contract formation the slow road to recognition in codifications
- ROY GOODE, Issues of interpretation under the Cape Town Convention and its Protocols
- KAJ HOBER, Ukraine v. Russia: the first WTO Panel ruling on GATT Article XXI
- ERNST-ULRICH PETERSMANN, Rule-of-law in international trade and investments? Between multilevel arbitration, adjudication and «judicial overreach»
- FAUSTO POCAR, Brevi note sulla giurisdizione del nuovo tribunale unificato dei brevetti
- MARIA ALESSANDRA STEFANELLI, Small business enterprises and «the digital revolution» in EU

regulation

Parte II. L'arbitrato. diritto interno, convenzioni internazionali / Arbitration. Domestic law and international conventions

- NICOLAS ANGELET, The drafting of awards in Investor-State arbitration
- STEFANO AZZALI, La neutralità dell'arbitro nell'arbitrato internazionale. Troppe «sfumature» dello stesso colore?
- RONALD A. BRAND, Provisional measures in aid of arbitration
- SERGIO M. CARBONE, Le clausole arbitrali per relationem: validità ed effetti
- DOMINIQUE CARREAU, L'arbitrage transnational entre Etats et investisseurs étrangers à la croisée des chemins
- CLAUDIO CONSOLO, Diogene nel mondo arbitrale alla ricerca di persone intensamente giudicanti
- GIORGIO DE NOVA, Towards virtual arbitration?
- DONALD FRANCIS DONOVAN — ROMAIN ZAMOUR, Arbitrating Business and Human Rights disputes: consent to arbitrate and applicable law
- UGO DRAETTA, Should arbitrators decide the case as presented or as it should have been presented?
- JOSÉ CARLOS FERNANDEZ ROZAS, Emancipación del arbitraje comercial internacional del proceso ante la jurisdicción estatal
- EMMANUEL GAILLARD, Negative effect of Competence-Competence: the ultimate *test* of a pro-arbitration regime
- MARIA CHIARA MALAGUTI — ELEONORA FINAZZI AGRÒ, L'utilizzo dei Principi UNIDROIT nell'arbitrato internazionale di investimento
- FABRIZIO MARRELLA, International Investment Arbitration and EU reform projects for appellate mechanisms: some critical remarks
- MARGARET L. MOSES, A new framework: choosing the proper law of the arbitration agreement based on the issue to be decided
- WILLIAM W. PARK, Decision-making in arbitration
- HASSAN RAHDI, Notes on the development of commercial arbitration in Bahrain between the 20th and 21st centuries

- CHRISTOPH SCHREUER, Contract claims in investment treaty arbitration
- NICOLA SOLDATI, Il modello di terzietà dell'arbitro nelle liti societarie: tra mito e realtà
- SHENGCHANG WANG, Ten landmark judicial decisions significant to arbitration in China
- Speranza: L'Italia che amo, di GIORGIO BERNINI

In memoriam J. Martin Hunter (1937-2021). Un gran jurista, un brillante abogado y un verdadero adelantado en el campo del arbitraje internacional



El 9 de octubre falleció J. Martin Hunter. un brillante abogado y un verdadero adelantado en el campo del arbitraje internacional

J. Martin Hunter había nacido en Londres en 1937 licenciándose en Derecho por la Universidad de Cambridge en 1960. De 1961 a 1963, trabajó como pasante en Freshfields Bruckhaus Deringer y tras sus estudios en el College of Law de Londres de 1963 a 1964 convirtiéndose en asociado de esta firma y en socio en 1967. Se incorporó a Essex Court Chambers en 1994 y en 1995 fue nombrado profesor de la recién creada cátedra de Resolución de Disputas Internacionales en la Universidad de Nottingham Trent. También fue profesor visitante en el King's College de la Universidad de Londres, enseñando arbitraje internacional a estudiantes de postgrado de todo el mundo.

El profesor Hunter fue miembro del Consejo de la ICCA y participó en los trabajos de varias organizaciones, como la AAA, la IBA, la Corte de la CCI, la Corte de la LCIA y la CNUDMI. Fue vicepresidente del comité del Gobierno del Reino Unido para la reforma de la ley de arbitraje, que fue responsable de la aprobación de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 en el Parlamento. En sus últimos años desempeñó la presidencia del Consejo de Administración del Centro Internacional de Arbitraje de Dubai.

Actuó como abogado, árbitro único o como presidente o miembro de tribunal arbitral en numerosas ocasiones. Entre ellos se encuentran arbitrajes de la AAA, CDP, CIETAC, JCAA, ICC, ICDR, LCIA, LMAA, NAFTA, NAI, SCC y SIAC, así como arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y otros tipos de arbitraje *ad hoc*. Representó a muchos litigantes en mediaciones y otros procedimientos ADR y también actuó como mediador. Fue Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión de Arbitraje de la CCI sobre Opiniones Disidentes y Laudos Interlocutorios y Parciales (1985-89) y Vicepresidente del Comité del Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido

sobre la ley de arbitraje (1990-97).

El profesor Hunter fue un autor prolífico destacando como coautor, junto con Alan Redfern, del reconocido tratado *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (1986). Hasta la fecha, esta obra sigue siendo una de las guías más utilizadas por los profesionales del arbitraje internacional, generalmente conocida como «Redfern/Hunter». En los últimos veinticinco años ha publicado numerosas y fundamentales contribuciones en revistas especializadas de arbitraje.

Pero, sobre todo, Martin Hunter fue un completo jurista y un indiscutible promotor del arbitraje internacional. Según sus allegados, vivía y respiraba el ideal de un sistema genuinamente internacional de resolución pacífica de controversias que promoviese el estado de derecho y superase las diferencias culturales y sociales. Con su método de «aprender haciendo», inspiró a estudiantes y jóvenes profesionales de todo el mundo.