

LA LEY Mediación y Arbitraje



Enero-Marzo 2022 | **10**

*La reforma de los MASC
en el Anteproyecto de
Eficiencia Procesal del
Servicio Público de
Justicia*

*Abuso del procedimiento
arbitral y debido proceso*

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

IN MEMORIAM

- «Prof. Dr. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (1950–2022)», **David Arias**
- «Carlos de los Santos (1967–2022)», **Francisco Serrano Osobliwa**, Socio de J&A Garrigues, S.L.P.

TRIBUNA

- «De la mediación a la reforma de la justicia», **Javier Jiménez-Ugarte**, Of Counsel «Lupicinio International Law Firm»
- «Mediación como herramienta en conflictos arrendaticios en tiempos de pandemia», **Carmen Barrón López**, Abogada

ESTUDIOS

- «Renovar o morir: sobre la necesidad de reconfigurar la mediación intercultural en nuestro ordenamiento jurídico», **Ixusco Ordeñana Geruraga**, Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
- «Las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz», **Gorka Goenechea Permisán**, Abogado (BM&A), Árbitro, doctor en Derecho
- «Cave cavtelam! Reflexiones acerca de la autoridad cautelar de los árbitros en el marco de la Ley 60/2003 y los recelos subsistentes al respecto», **Pedro Tent Alonso**, Letrado; Socio responsable del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P. en Valencia
- «La impugnación de acuerdos sociales a través del arbitraje: aspectos procesales», **María Jesús Sande Mayo**, Profesora Doctora de Derecho Procesal, Centro de Estudios Garrigues
- «Fundamentos filosóficos de la mediación: la justicia y la persona», **M.ª de las Mercedes Rosa Rodríguez**, Mediadora y Árbitro, Administradora Concursal y Abogada. Profesora de Mediación y de Práctica Concursal en la UNIR

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «Abuso del procedimiento arbitral y debido proceso», **José Carlos Fernández Rozas**, Director de la Revista
- «Daños y perjuicios en arbitraje de inversión: una primera cartografía», **Ángela Gil Arrondo, Heidi**

López Castro y Cristian Gual Grau, Grupo de Daños de Uría Menéndez

- «*Jurisdicción versus arbitraje en procedimientos multiparte*», **Belén Alandete Sánchez**, Abogada Senior del Área de Procesal y Arbitraje en Broseta Abogados y profesora asociada de la Universidad de Valencia

REGULACIÓN

- «*Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*», **José Antonio Colmenero Guerra**, Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad Pablo de Olavide

Textos y materiales recientes

- Consejo General del Poder Judicial: Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al Servicio Público de Justicia (22 julio 2021)

JURISPRUDENCIA

Crónicas

- «*De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro*», **Laura Álvarez Mera**. Abogada (BM&A), especialista en arbitraje

Sentencias seleccionadas

- «*¿Es procedente que las partes en un arbitraje comercial internacional acuerden la procedencia de recursos adicionales a la nulidad para impugnar el laudo arbitral? (A propósito de la SCS de Chile, de 14 de septiembre 2020)*», **Eduardo Picand Albónico**, Socio de Picand y Ríos Abogados. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
- «*Una cuestión compleja: un laudo, una acción de anulación, un cumplimiento del laudo y unas medidas cautelares (ATSJ Madrid CP 1ª 21 junio 2021)*», **Pedro Álvarez Sánchez de Movellán**. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León
- «*La adopción de medidas cautelares previas e inaudita parte pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero (AAP Madrid 7 julio 2021)*», **M.ª Victoria Sánchez Pos**, Profesora contratada doctora de Derecho procesal. Universidad de Navarra
- «*El Tribunal de Justicia cierra el círculo tras confirmar la inaplicabilidad del arbitraje de inversiones del Tratado sobre la Carta de la Energía en los litigios intra-UE: análisis crítico de la decisión en el asunto República de Moldavia / Komstroy (STJ 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19)*», **Ínigo Iruretagoiena Agirrezabalaga**, Profesor Agregado de Derecho internacional público. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
- «*A vueltas con la decisión del juez sobre el fondo del laudo y del procedimiento arbitral (STSJ Madrid CP 1ª 22 de octubre de 2021)*», **Francisco G. Prol Pérez**, Abogado y árbitro internacional

- «Arbitraje y revisión de oficio en la contratación pública (STS CA 3ª 17 noviembre 2021)», **Álvaro Soriano Hinojosa**, Doctor en Derecho, Abogado en J&A Garrigues, S.L.P

Notas

- «Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de procedibilidad (SAP Málaga 4ª 30 de abril de 2021)», **Ana Fernández Pérez**, Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá
- «El laudo "vale o no vale": la función del TSJ se agota en determinar si se ha identificado una tacha que impida su validez (Sentencia TSJ de Andalucía CP 1ª 11 de mayo de 2021)», **Sixto A. Sánchez Lorenzo**, Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada
- «La prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales (STSJ de Andalucía de 17 de junio de 2021)», **Fabio Virzi** y **Laura Martín**, Abogados de Cases & Lacambra
- «Las prisas no compensan: La impugnabilidad de las órdenes procesales y del convenio arbitral (STS Civ 1ª 22 de junio de 2021)», **Blas Piñar Guzmán**, Abogado | Árbitro | Mediador, Syndēresis legal
- «Declinatoria arbitral y seguros de grandes riesgos: a propósito de su eventual calificación como contratos de adhesión (Auto de la Audiencia Provincial de Logroño, de 2 de julio de 2021)», **Marta Casado Abarquero**, Profesora Contratada Doctora. Universidad de Deusto. Abogada y socia San José Abogados
- «El litigante bifronte» (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2021), **Gorka Goeneche Permisán**, Abogado (BM&A), árbitro, doctor en Derecho
- «Sobre el impacto de la cosa juzgada y la declaración de concurso del deudor principal en la reclamación contra el deudor solidario (STS Civ 1ª 20 de octubre de 2021)», **José Manuel Fariñas Pena**, Counsel en el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues y **Ander Gutiérrez Gárate**. Asociado en el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues

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

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

- El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) ha formado un grupo de trabajo especializado en la resolución de conflictos en el sector asegurador (24 enero 2022).

Cámara de Comercio internacional

- La diversidad de género en los tribunales de arbitraje: Los desafíos que se avecinan (9 diciembre 2021)
- La CCI publica las cifras preliminares de resolución de litigios para 2021 (26 enero 2021)
- Escrito de *amicus curiae* de la CCI para orientar al Tribunal Supremo de EE.UU (31 enero 2022)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- El CIADI somete a votación del Consejo Administrativo enmiendas a sus Reglas y Reglamentos (20 enero 2022)

Hong Kong International Arbitration Centre

- El Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) publica las estadísticas de 2021 (9 febrero 2022)

NOTICIAS

Informaciones

- La Comisión insta a Bélgica, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Rumanía y Suecia a que pongan fin a los tratados bilaterales de inversión (TBI) con otros Estados miembros de la UE (2 diciembre 2021)
- Remisión a las Cortes Generales del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa (7 diciembre 2021)
- La Comisión lleva al Reino Unido al Tribunal de Justicia de la UE por una sentencia del Reino Unido que permite la ejecución de un laudo arbitral que concede ayudas estatales ilegales (9 febrero 2022)

Convocatorias

- Los días 20 a 22 de abril de 2022 se celebra el Congreso de Mediación y ADR en el Colegio de la Abogacía de Barcelona bajo la idea de diálogo y equilibrio frente a la vulnerabilidad
- Open de Arbitraje 2022. VIII Edición: La Vuelta al Mundo (del arbitraje) en dos días. Terminal 8 de Madrid: destino arbitraje (4 y 5 de mayo de 2022)
- Curso de Verano de la Universidad de Alcalá 2022, con el patrocinio de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y de Wolters Kluwer: «Nueva configuración del procedimiento arbitral: Reglamentos, directrices y práctica» (27 de junio a 1 de julio de 2022)

Wolters Kluwer



Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia

Una radiografía completa sobre el funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia tras casi 75 años de existencia dirimiendo las relaciones internacionales litigiosas.

El valor de la Corte Internacional de Justicia no puede medirse por el número anual de sus sentencias y órdenes, sino por su adecuación para dar respuesta a los litigios que se le plantean en un tiempo útil. En este sentido, la presente monografía aborda algunas de las vías a las que ha de enfrentarse la CIJ, que está próxima a cumplir los 75 años desde que se proclama la primera de sus sesiones.

Entre otros desafíos, se analiza su propia composición, el procedimiento de selección de sus jueces o los logros más activos ante ella, la protección medioambiental, las litigios entre la CIJ y otros tribunales internacionales (Corte Penal Internacional, Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la abogacía de la CIJ en el examen de los litigios internacionales, etc.

Directora: Soledad Torrecuadrada García-Lozano



Tu libro en Smarteca, ahora mucho más que un libro: también en formato digital. Descubre los beneficios de Wolters Kluwer con los servicios de Smarteca y descubre cómo comprar.

Consulta las condiciones de compra de esta obra en tienda.wolterskluwer.es
91 602 01 82
clientesley@wolterskluwer.es

Más información →

Prof. Dr. Miguel Ángel Fernández–Ballesteros (1950 – 2022)

David Arias



Antes de la incorporación de Miguel Ángel Fernández–Ballesteros a Gómez–Acebo & Pombo, a los abogados españoles el término *Litigación* nos parecía más un anglicismo propio de telenovelas que una palabra para designar propiamente un área de práctica . Hasta entonces, en los despachos había departamentos de *Procesal* (el arbitraje todavía no formaba parte de las rúbricas habituales), pero nadie osaba hablar de *Litigación*. Miguel Ángel, insistió en usar tal denominación para el que se disponía a dirigir. «*Litigación: acción y efecto de litigar*», nos explicaba. Y no perdía ocasión para sentar cátedra: «*Es un término que pertenece a nuestra tradición: se empleaba habitualmente en nuestro Derecho histórico y aparece en el Diccionario de Autoridades*». Años después, no hay departamento de disputas en los despachos españoles que no se denomine como de *Litigación* (y Arbitraje).

Esta anécdota resulta ilustrativa para retratar a Miguel Ángel, lo que Miguel Ángel era: Miguel Ángel visionario, Miguel Ángel *contra mundum*, Miguel Ángel dando lecciones (en sus dos acepciones posibles, la magisterial y la otra), Miguel Ángel orgulloso y reivindicativo de lo español.

Nuestro amigo nació en Navarredondilla, un pequeño pueblo de la provincia de Ávila y, aunque la mayor parte de su vida transcurrió primero en Barcelona y luego en Madrid, siempre se consideró un abulense de pro. Era castellano viejo, poco dado a las sinuosidades y menos aún a las exigencias de la corrección política. Probablemente su carácter viniese ahormado por su padre, Ángel, guardia civil por profesión y artista por vocación. Hombre de fuerte personalidad, adoraba a toda su familia y era exigente en su educación, especialmente con la de Miguel Ángel, su único hijo varón. Lo suficientemente exigente para que, al ver que el joven, antes que al estudio, dedicaba su bachillerato a las chicas y al rock como solista en *Los Titanes*, una especie de Beatles locales, tomase la decisión de cortar por lo sano y mandarle a estudiar a la Universidad de Navarra. Miguel Ángel fue, como siempre, disciplinado y dio el paso que iba a cambiar su vida.

En la Universidad de Navarra se matriculó en Derecho y se alojó en el Colegio mayor Belagua, donde hizo amistades imperecederas. El magisterio de D. Álvaro d'Ors en Derecho Romano despertó su entusiasmo por la ciencia jurídica y por la precisión terminológica. Tuvo una de las pocas matrículas de honor que el ilustre romanista daba y fue su alumno encargado de curso. A punto estuvo de dedicar su carrera académica a esa disciplina si no se hubiera cruzado en su camino el que luego sería su maestro, D. Jorge Carreras Llansana, quien deslumbró con sus clases al joven Miguel Ángel como luego él deslumbraría a decenas de promociones de alumnos suyos. Tras licenciarse en 1973 con Premio extraordinario de fin de carrera, Miguel Ángel se quedó en la cátedra de Carreras. Dos años después se doctoró en la misma Universidad de Navarra, también con premio extraordinario, con una tesis sobre la tercería de dominio. A sus 25 años, el joven Miguel Ángel se permitió el lujo de enmendarle la plana nada menos que a la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando afirmó que, contrariamente a lo que el Alto Tribunal venía sosteniendo, la tercería de dominio no era una acción reivindicatoria. Como luego le sucedió tantas veces, había visto el tema con tanta claridad que le sorprendía que los demás no lo vieran así. Su demostración fue contundente: la acción reivindicatoria se ejercita por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario y tiene por objeto la recuperación de la posesión de la cosa. Por el contrario, la tercería de dominio se ejercita por el titular del bien frente a ejecutante y a ejecutado (es uno de los pocos casos de litisconsorcio pasivo necesario propio), su objeto se limita a poner de manifiesto la incorrección de un embargo debido a un error en la atribución de la titularidad y su única finalidad consiste en el alzamiento del indicado embargo. Para nada entra en juego la situación posesoria del bien. La contundencia argumental de la tesis de Miguel Ángel fue tal que, poco después, el Tribunal Supremo aceptó la tesis y cambió su jurisprudencia. Con ese principio y con la publicación años después de su monografía *El proceso de ejecución*, Miguel Ángel fue pronto considerado por la doctrina —*nemine discrepante*, como diría él— como el mayor especialista patrio en ejecución forzosa.

Cuando Jorge Carreras ganó la plaza en la Central de Barcelona, Universidad de la que luego fue Rector, Miguel Ángel no dudó en acompañarle a la Ciudad Condal. Carreras fue un segundo padre para él, lo recibía frecuentemente en su casa y lo trataba como a otro de sus muchos hijos, quienes también lo acogieron con esa fraternidad especial propia de las familias numerosas. En Barcelona empezó sus clases como profesor ayudante y allí conoció entre sus alumnas a Pilar, la mujer de su vida, de quien no se separó jamás hasta el final de sus días.

Con la precocidad y la brillantez que le caracterizaban, Miguel Ángel ganó su primera cátedra de Derecho Procesal a los 28 años y desde entonces no dejó jamás la Universidad. Fue catedrático de las Universidades de Lérida, Mallorca, Sevilla y finalmente de la Complutense de Madrid, Universidad que consideraba como la «de llegada» de todo profesor universitario que se preciase. Miguel Ángel era exigente y meritocrático con sus alumnos. Consideraba que no hay un derecho subjetivo a ser universitario y, aunque enseñaba a todos (en esto sí era paciente), se centraba siempre en los mejores. Su método de enseñanza era peculiar: la doctrina estaba ya condensada en los dos tomos de su manual de la asignatura y poco más había que añadir, así que lo alumnos tenían que dedicar los dos primeros meses del curso a su estudio y a preguntar dudas, tras lo cual venía el examen «final» de la asignatura. El resto del año lo dedicaba a resolver complejos e inolvidables

casos prácticos (*Sucres, El chófer de embajada, La frontera inoportuna, El registrador formalista, La separada desahuciada, Cacahuets mojados, La partida de sisal*) que disfrutaba escribiendo y resolviendo con sus alumnos.

Miguel Ángel dirigió también un buen número de tesis doctorales y ejerció el magisterio sobre muchos profesores y catedráticos del escalafón. Al igual que Carreras hizo con él, las puertas de su casa estaban siempre abiertas y no había horas suficientes en el día hasta agotar un tema. Era muy exigente. «*Bajo presión se trabaja más... y mejor*» decía. Y también recordaba que los brazos de la silla de despacho no estaban para apoyar los codos, sino para agarrarse a ellos cuando uno tenía la tentación de levantarse, ya que «*las horas de investigación cunden de diez en diez*» y que, al final, «*obras son amores y no buenas razones*», o como le gustaba traducir macarrónicamente al alemán: «*Taten sind Liebe und nicht gute Worte*».

La Universidad le dio grandes satisfacciones y no pocos sinsabores. Era extremadamente generoso con todos, pero tenía un carácter fuerte (como dicen los ingleses *he didn't suffer fools gladly*) y un notorio éxito profesional lo que, en un mundo tan cerrado y a veces opresivo como el universitario, le generó la gratitud y admiración de unos y la ingratitud e iniquidad de otros. Hubo quienes le quisieron siempre y quienes nunca le apreciaron; y hubo también algunos que le quisieron antes y le atacaron después. Esto es lo más llamativo, puesto que Miguel Ángel fue siempre el mismo, antes y después, con sus virtudes y sus defectos. Fueron ellos quienes cambiaron y sólo ellos sabrán por qué. En cualquier caso, con los años Miguel Ángel se quedó sólo con lo bueno y no guardó amargura alguna.

Aunque ciertamente la docencia le encantaba, la investigación fue su verdadera pasión intelectual. Fruto de ella fueron, además de los manuales de la asignatura, sus monumentales *Derecho Procesal Práctico* y *Derecho Concursal Práctico* (con Rifá y Valls); o la monografía sobre *El juicio ejecutivo y las medidas cautelares*; o *Avenencia*, término (al igual que *Litigación*) propiamente español, esta vez para referirse a los mal llamados métodos alternativos de resolución de controversias. Los últimos años de su vida los estaba dedicando a escribir la obra definitiva sobre el arbitraje, de la que llevaba escritas más de mil páginas y que, lamentablemente, ha quedado inacabada. Ojalá que ese valioso material pueda ser completado y llegue a ver la luz.

Desde sus primeros años en Barcelona, Miguel Ángel compatibilizó la Universidad con un muy exitoso ejercicio de la profesión de abogado. Tras haber aprendido de modo autodidacta y admirable la lengua de Goethe, contó con un buen número de clientes alemanes y se convirtió en su representante en España, lo que le permitió desarrollar también una intensa labor empresarial. Fue presidente de Lignotock España S.A., de Pfeleiderer España S.A., de Hormipresa S.A. y de Travipos S.A. También fue consejero de la empresa de cazatalentos Neuman International. Tal fue su éxito que pronto recibió tentadoras ofertas de los abogados barceloneses más reputados del momento. Miguel Ángel optó por no aceptarlas y más tarde se alegraría de ello.

A sus 38 años Miguel Ángel estaba plenamente asentado en Barcelona y tenía todo lo que se podía desear: felizmente casado con Pilar, con Miranda recién nacida, flamante catedrático, prestigioso abogado, bien relacionado, socio del Club de Tenis Barcelona, con su velero en Salou y a dos pasos

del esquí en los Pirineos. Sin embargo, con su clarividencia habitual, ya a mediados de los ochenta detectó la deriva degenerativa de la sociedad catalana y no dudó en aprovechar la posibilidad de ganar una cátedra en la Complutense para abandonar todas las comodidades y empezar una nueva vida en Madrid. Nuestro amigo nunca tuvo la autoestima baja y siempre fue conocedor de sus talentos.

Ya en la Complutense se hizo cargo de la docencia de casi todas las promociones del recordado Grupo Especial de la Facultad de Derecho, primero, y del Grado en Derecho Hispano-Francés, después. Decenas de promociones de juristas, muchos de ellos en puestos de responsabilidad en la Administración y en las principales empresas del IBEX, recuerdan la brillantez de sus clases y son, en alguna medida, deudos de sus enseñanzas. Profesionalmente se asoció con el abogado julio Martínez-Gil, un gallego prodigioso y siguió representando empresas alemanas. Poco a poco se fue convirtiendo en abogado de abogados y empezó a colaborar con los grandes despachos en temas procesalmente complejos.

La relación con Gómez-Acebo & Pombo empezó de esa manera, asesorándoles en dos litigios especialmente complicados y fructificó después con su incorporación como director de su departamento de Litigación a que hacíamos referencia al comienzo de estas líneas. Allí permaneció unos años en los que situó la práctica procesal en el máximo nivel de excelencia, formó excelentes abogados y dejó un recuerdo imborrable. Sin embargo, su celosa independencia y su difícil encuadre en los rigores de las grandes organizaciones le llevaron a dejar la firma en términos extremadamente amigables para volver a sus cuarteles y dedicarse sin limitación alguna a lo que siempre le apasionó: su familia, la investigación y la actividad profesional, esta vez más volcada en lo que fue su última pasión teórica y práctica: el arbitraje.

Contrariamente a lo que ha venido sucediendo en la última década, en la que los abogados pueden comenzar su carrera dedicándose al arbitraje, antes, del arbitraje no se partía. Al arbitraje se llegaba, casi por decantación, después de haber tenido formación y éxito en otras disciplinas. Los grandes nombres del arbitraje, en España y fuera de ella, provienen del Derecho Procesal, del Mercantil, del Internacional o del Administrativo. El caso de Miguel Ángel no fue una excepción a la regla sino más bien su constatación. Su interés profesional y académico por el arbitraje vino, como el de casi todos, a finales del milenio pasado y eclosionó a comienzos de éste a raíz de la Ley de Arbitraje de 2003.

Miguel Ángel actuó como abogado en más de 100 arbitrajes y como árbitro en más de 250. Fue árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana (TAS-CAS), o de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), entre otras. Fue miembro de clubes y asociaciones para la promoción del arbitraje como la Asociación Suiza de Arbitraje (ASA), la Asociación Alemana de Arbitraje (DIS), o el Instituto de Arbitraje, Mediación y otros sistemas de resolución alternativa de conflictos (CPR).

Miguel Ángel fue además una de las personas más activas en el nacimiento y posterior desarrollo del Club Español del Arbitraje (CEA). Estuvo entre sus miembros fundadores y ocupó ininterrumpidamente una de sus vicepresidencias. Sus ideas y sus vehementes intervenciones en las juntas no dejaban a nadie indiferente. Una vez más, veía aquéllas con tanta claridad que no

comprendía cómo otros (a veces la gran mayoría) no las secundaban. Un buen ejemplo de lo anterior fue su oposición a uno de los principios fundacionales del Club, que se concibió como un *think-tank* con la expresa decisión de no dar nunca lugar a una corte de arbitraje. Desde los inicios del Club Miguel Ángel insistía en que debía haber una única corte española para administrar arbitrajes internacionales y que el Club era la única entidad con *auctoritas* suficiente como para promoverla. Durante muchos años fue la voz que clama en el desierto y una vez más, al final, los más acendrados detractores de la idea tuvieron que darle la razón. La existencia hoy del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), llamado a grandes cosas, se debe sobre todo a la generosidad y al esfuerzo de las tres principales Cortes que lo integran, pero tiene sin duda su causa remota en el visionario criterio de Miguel Ángel y en el decidido apoyo que finalmente el CEA prestó al proyecto.

El Club debe también a Miguel Ángel dos de sus expresiones más importantes. La primera de ellas es su revista. Miguel Ángel no sólo fue su creador y director, sino que ideó el concepto (unos *papers* divulgativos sin sesuda vocación científica) y su nombre, *Spain Arbitration Review*; diseñó la portada (con la inestimable ayuda de Pilar, experta publicista) y se encargaba de maquetarla y de enviarla a la imprenta para su ulterior distribución. La revista va por su número 42 y es recibida y apreciada por profesionales, juzgados, cortes de arbitraje y universidades de todo el mundo.

Miguel Ángel fue también el promotor de la colaboración del Club con la judicatura. Desde sus años en Barcelona su relación con los jueces fue siempre estrecha. Éstos admiraban su sabiduría jurídica y no infrecuentemente le llamaban para contrastar pareceres cuando tenían casos complicados por resolver. La mítica Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, embrión de la especialización en materia mercantil que tuvo lugar después y semillero de grandes magistrados (varios luego en la Sala Primera del Tribunal Supremo), valoró siempre la opinión leal y desinteresada de Miguel Ángel. Cuando surgió el Club, Miguel Ángel canalizó los contactos con la judicatura que cristalizaron nada menos que en un acuerdo marco con el Consejo General del Poder Judicial. Gracias a él surgió el observatorio del arbitraje y jueces y árbitros mantienen contactos frecuentes y fecundos. La existencia de un Juzgado de Primera Instancia en Madrid especializado en arbitraje trae también causa de aquella fructífera relación.

Pero la efervescencia de ideas de Miguel Ángel no tenía límites. Otra de las iniciativas que propugnaba incesantemente era la creación, en el seno del Club, de un Instituto Universitario de Arbitraje en el que potenciales investigadores encontrasen fondos y formación para desarrollar sus trabajos de postgrado. Quizás, una vez más, el tiempo termine dándole la razón y su anhelado Instituto sea finalmente una realidad.

Miguel Ángel Fernández-Ballesteros fue un jurista extraordinario, un español de bien y un hombre cabal. Como pedía el apóstol Santiago, su sí era sí y su no era un no. Vivió como quiso, al lado de Pilar, adorando a Miranda, rodeado de libros y de amigos e inmerso en proyectos apasionantes. Estaba terminando su magna obra sobre el arbitraje cuando la muerte vino a su encuentro de modo ciertamente prematuro, pero probablemente como a él le habría gustado: de frente y sin rodeos.

Deja en muchos de nosotros un vacío muy hondo, una impronta indeleble y una deuda de gratitud impagable.

Dale, Señor, el descanso eterno y brille para él la luz perpetua.

Carlos de los Santos (1967–2022)

Francisco Serrano Osobliwa

Socio de J&A Garrigues, S.L.P.



Es tarde. Apago la luz de mi despacho y paso por el de Carlos; pero no está, y ya no podremos comentar las anécdotas del día, preguntarnos dudas o simplemente bromear como solíamos hacer. Cuesta creer que nos ha dejado. Tan inesperadamente. Demasiado pronto.

Carlos ya llevaba cuatro o cinco años litigando en Garrigues cuando me incorporé al despacho a mediados de los noventa. En aquel entonces el arbitraje en España no era algo extendido, pero a ambos nos seducía, y cada vez fuimos dedicándonos más a ello, particularmente con clientes extranjeros.

En 2009 Carlos asumió la dirección de la práctica de litigación y arbitraje de Garrigues, desde la cual hizo suyo el reto de incorporarla a la expansión internacional del despacho, particularmente en Iberoamérica, logrando involucrar a los mejores profesionales en el proyecto, hasta consolidar un equipo que ha participado en disputas a lo largo de todo el mundo.

Su capacidad, su empeño, su buen hacer y una buena dosis de mano izquierda fueron labrando su prestigio hasta nuestros días en el ámbito del arbitraje internacional, llevándole a presidir el Club Español de Arbitraje, a cuya internacionalización ha contribuido decisivamente y que hoy también le honra, y más recientemente a ser nombrado miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

Su presencia arrolladora, su vitalidad y su buen humor, combinados con su destacable capacidad como estrategia de los litigios y su visión pragmática de los temas, sin rodeos, marcaron su estilo y dejaron impronta en innumerables clientes y compañeros tanto dentro, como fuera de Garrigues.

Carlos no era solo un excelente abogado y árbitro. Era también padre y marido y en nuestras muchas conversaciones a lo largo de tantos años demostraba su devoción por su esposa María José y orgullo por sus hijos Carlos y María.

Ahora nos corresponde a otros la responsabilidad y el honor de seguir el camino que marcó Carlos. Tenemos la suerte de que supo formar un gran equipo a su alrededor que solo puede hacer crecer lo que construyó. Será para quienes hemos compartido nuestro día a día junto a él desde hace años, nuestro más valioso tributo a su memoria.

Descansa en paz, compañero

* * *

Carlos de los Santos fue el responsable del departamento de litigios y arbitraje de Garrigues, donde desarrolló toda su carrera profesional. Socio desde el 2003, dirigió el Departamento de Litigios y Arbitraje de Garrigues desde el 2009, con más de 250 abogados en todas las oficinas de la firma en España y en el extranjero, abarcando desde la práctica de litigios civiles y corporativos/comerciales hasta el arbitraje nacional e internacional y el Derecho penal.

Ejerció la abogacía en el ámbito del Derecho civil y mercantil y del arbitraje nacional e internacional. Como abogado, intervino en destacados procedimientos judiciales y arbitrales en todo tipo de asuntos contractuales y societarios, asesorando y representando a empresas del sector bancario y financiero, de seguros, de la industria audiovisual, de las telecomunicaciones, de la industria del automóvil, de la energía y de la construcción, actuando tanto en nombre de empresas españolas como extranjeras.

Actuó en procedimientos arbitrales nacionales ante las principales cortes de arbitraje españolas, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de Madrid y el Tribunal Arbitral de Barcelona, así como en arbitrajes internacionales bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la *International Court of Arbitration* (ICC) la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Cámara de Comercio de Zúrich (Suiza) y el Instituto Danés de Arbitraje (Dinamarca), en diversas sedes, como Madrid, Nueva York, París, Zúrich, Copenhague, Londres y Buenos Aires, y bajo distintas legislaciones, como las de España, Francia, Argentina, Perú, Uruguay, México, República Dominicana, Estados Unidos, Inglaterra, Qatar, etc.

Por otra parte, asesoró en cuestiones relativas a tratados bilaterales de inversión en relación con empresas inversoras en países como Turquía, Venezuela, Uruguay, Cuba y Ecuador. Carlos de los Santos fue incluido en los principales directorios, como *Chambers and Partners (Europe and Global)*, *The Legal 500* y *Which Lawyer?* como abogado destacado en la práctica de litigios y arbitraje, situando a Garrigues entre las principales firmas españolas en esta área. En palabras de uno de los directorios, Carlos de los Santos ha sido elogiado por los clientes por: «además de sus conocimientos técnicos, tiene mucha experiencia y es práctico» señalando que «ve más allá de las consideraciones puramente jurídicas y es realista» y destacando que «evita revisiones innecesarias y explicar soluciones que no son viables».

Carlos de los Santos fue un ponente habitual en seminarios sobre Derecho procesal y arbitraje, destacando su labor como ponente o moderador anualmente en los Congresos del Club Español del Arbitraje o en los Congresos Internacionales de Arbitraje celebrados en Lima y Cuzco (Perú) y San José (Costa Rica), entre otros, como su participación como ponente en el evento organizado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la CCI España y el Club Español del Arbitraje para presentar el Reglamento Revisado de Arbitraje de la CCI, celebrado en Madrid en mayo de 2017, o su participación como moderador sobre «El arbitraje comercial y de inversiones: un mecanismo adecuado para las empresas» en el II Foro CCI – CIAMEN, celebrado en Madrid en octubre de 2016. También ha impartido clases en el Instituto de Empresa (*IE Law School*) en el Curso de Práctica del Arbitraje.

En el momento de su fallecimiento era Presidente del Club Español del Arbitraje (CEA) y miembro del Colegio de Abogados de Madrid, del Comité de Arbitraje de la *International Bar Association*, así como Secretario General de la *International Law Association (ILA Spanish Branch)*.



De la mediación a la reforma de la justicia

From mediation to justice reform

Análisis de lo sucedido desde la aprobación del «Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación» (2019), por el Gobierno de Mariano Rajoy, con Rafael Catalá como Ministro de Justicia, hasta el momento actual, bajo el Gobierno de Pedro Sánchez y sus sucesivos Ministros de Justicia, Dolores Delgado, Juan Carlos Campo, y hoy Pilar Llop, con estudio de los Anteproyectos pasados y el remitido al Consejo de Estado para Dictamen (2021).

Mediación, España, Reforma de la Justicia, Medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencia, Medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia.

An analysis of what has happened since the approval of the «Draft Bill for the Promotion of Mediation» (2019), by the Government of Mariano Rajoy, with Rafael Catalá as Minister of Justice, until the present, under the Government of Pedro Sánchez and his successive Ministers of Justice, Dolores Delgado, Juan Carlos Campo, and currently Pilar Llop, with a study of the past Draft Bills and the one sent to the Council of State for a ruling (2021).

Mediation,— Spain, Justice Reform, Procedural, technological and dispute resolution measures, Procedural efficiency measures in the public justice service.



Javier Jiménez-Ugarte

Of Counsel «Lupicinio International Law Firm»

I. INTRODUCCIÓN

Cuando seguí un Máster sobre Mediación en 2018, estaba en vigor la Ley 5/2012, 6 de julio, de

Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, desarrollada por el «Real Decreto 980/2013, 13 de diciembre», aprobados en cumplimiento de lo dispuesto en la «Directiva de la UE, 2008/52/CE». Ya se hablaba de la necesidad de modificar algunos aspectos de esta Ley que no había dado los esperados frutos, permaneciendo la mediación en una tercera división dentro del área de la Justicia en sentido amplio, detrás de nuestros tribunales y del arbitraje. Poco después, —presidía el Gobierno Rajoy—, se siguió trabajando por el equipo del entonces Ministro de Justicia, Rafael Catalá, en un «Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación», hasta su aprobación por el Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019. El Anteproyecto no pudo finalmente ser remitido al Parlamento debido al voto de censura que derribó a Rajoy. El citado Anteproyecto quedó aparcado, durante el primer Gobierno de Pedro Sánchez, siendo Ministra de Justicia Dolores Delgado, a pesar de existir una posición mayoritaria muy favorable. Se impusieron por desgracia los habituales enfrentamientos entre los partidos de distinto signo, a pesar de que solo se buscaba impulsar la mediación. La llegada del nuevo Ministro, Juan Carlos Campo, marcó un definitivo abandono de dicha vía y la apuesta por otra, mucho más ambiciosa, reformar la Justicia. El anuncio de un nuevo «Anteproyecto de Ley de Medidas Procesales, Tecnológicas y de Implantación de Medios de Solución de Diferencias», fue sometido a consulta pública en junio del 2020. Pocos meses después, en diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó un ulterior «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia». El texto final estaría ahora, —tras la llegada de la nueva Ministra Pilar Llop—, en el Consejo de Estado, sin duda con una renovada redacción tras los trámites de «Audiencia e Información Pública», de febrero 2021. En mi opinión, la complejidad del nuevo texto y el paso de tanto tiempo han reducido las posibilidades de que resulte aprobado durante la actual Legislatura. Ello parecería hacer realidad el viejo refrán de que *«lo mejor es enemigo de lo bueno»*.

II. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE IMPULSO DE LA MEDIACIÓN (2019)

Me agradó descubrir que antes de este texto aprobado el 14 de enero por el Consejo de Ministros, presidido por Rajoy, había existido ya un «Borrador de Anteproyecto de Ley de Medidas de Promoción del Arbitraje y la Mediación» de 28 de febrero de 2017, que fue la positiva herencia que dejó el anterior «Secretario General Técnico» del Mº de Justicia, Julio Fuentes Gómez, al pasar los trastos a su sucesor José Amerigo. En la «Exposición de Motivos» se recogían algunas ideas que merece la pena recordar, así

«... el papel relevante que hoy corresponde al arbitraje y a la mediación, como mecanismos complementarios de la actuación de jueces y tribunales», o «la propuesta de pasar de un modelo basado en la voluntariedad a otro que sin abandonar esa voluntariedad incorpore incentivos para su utilización. Es lo que la doctrina ha llamado "voluntariedad mitigada" de la mediación que también se manifiesta en el "Informe sobre la implementación de la Directiva de Mediación del Parlamento Europeo del pasado 29 de noviembre de 2016"».

El Anteproyecto del epígrafe era también un texto breve, ajustado a su principal objetivo, el de introducir en España una *«obligación mitigada»* para hacer uso de la vía mediadora antes de iniciar la vía judicial. En la «Exposición de Motivos» se manejan términos consagrados para definir ésta, tanto como *«presupuesto extrajudicial»* como en su faceta *«intrajudicial»*. Así se habla de *«mecanismo*

alternativo a la jurisdicción», de «recurso subsidiario para la resolución de los litigios», y de «institución complementaria de la Administración de Justicia». También se realiza la aplicación de técnicas normativas inspiradas en valores como la «simplificación», la «no dispersión», la «proporcionalidad», la «transparencia», y la «seguridad jurídica». Sin duda, y gracias a un meritorio esfuerzo de técnica jurídica, logra el Anteproyecto «modificar solo tres frentes normativos, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000, la anterior Ley de Mediación 5/2012, y la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita», y ello en puntos muy concretos e imprescindibles.

Aunque habla de la *«falta de una cultura de la mediación en los Estados miembros de la UE»*, reconoce, en primera persona, que *«la anterior Ley de Mediación de 2012 no ha conseguido desarrollar en España la potencialidad augurada desde su gestación»*.

Se intentaba, pienso, repetir el denominado éxito de Italia, que, con similar falta de tradición mediadora entre sus ciudadanos, —muy coherente con lo que diferencia al «Civil Law» continental del *common law* anglosajón—, había logrado, con su nueva *Ley sobre Mediación Familiar, n.º 2594/2004*, elevar hasta muchos millares el número de mediaciones ultimadas con dicho carácter prejudicial, y ello tras superar las reservas constitucionales que impidieron convertir este requisito en obligatorio, lo que hubiese puesto en peligro el sacrosanto principio de la *«tutela judicial efectiva»*, según lo advertido por el *TJUE* de Luxemburgo .

El citado Anteproyecto había pasado distintos filtros, culminando con la *«Consulta pública»*, de octubre a noviembre , y la elaboración de la preceptiva, y esta vez muy exhaustiva, *«Memoria sobre el Impacto Normativo»*, de enero 2019 , —49 páginas—, lo que justificaba el pre legislador al afirmar que *«dados los impactos apreciables, procede realizar una Memoria extensa y no abreviada»*. Contiene cuatro ilustrativos capítulos muy pedagógicos: *«Oportunidades de la Propuesta»*, *«Contenido y Análisis Jurídico»*, *«Análisis de los Impactos» (económico, presupuestario, administrativo, y de género)*, y *«Descripción de la Tramitación y Consultas»*, más un *«Anejo»*, con un cuadro que recoge las distintas observaciones de organismos, públicos o privados, despachos especializados, y prestigiosos docentes que, desde la convocada *«sociedad civil»*, tuvieron el generoso gesto de transmitir variados y razonados comentarios y propuestas.

En el apartado correspondiente a la Comisión de Mediación del Club Español de Arbitraje, la Memoria recogía sus comentarios sobre la *«sesión informativa de mediación como requisito de procedibilidad»*, los *«incentivos»* —judiciales y fiscales—, la *«derivación a Mediación desde los Juzgados y Tribunales»* y la, ciertamente esencial, *«retribución de Mediadores civiles y mercantiles en las Mediaciones intrajudiciales»*.

Consulté también los ulteriores Comentarios de la citada *Comisión de Mediación del CEA* (1) , —que presidía y preside la consagrada mediadora y árbitra, Mercedes Tarrazón—, donde se prestaba debida atención a aspectos debatibles de cara a las modificaciones de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, como los términos *«intento de mediación»*, la extensión del *«principio de confidencialidad»*, la ampliación de las *«opciones procesales para ordenar la mediación intrajudicial»*, el contenido del *«acta de mediación»*, y otros referentes a la modificación de la Ley 5/2012 de Mediación, como la *«obligación de intentar la mediación»*, la *«duración del procedimiento»*, la fijación

de «importes mínimos para su obligatoriedad», la «confidencialidad en el acta final», y la «prórroga por acuerdo de las partes». También se pronunciaba en contra de la «excesiva vacatio legis de tres años», y sobre el costo de la nueva Ley, que debería hacer frente a crecientes gastos en concepto de «retribuciones a los mediadores por las sesiones de mediación».

Ciertamente, hubo, durante este proceso de Consulta Pública, otras propuestas o desacuerdos concretos, que fueron debidamente recogidos en la citada Memoria, y atribuidos a los 17 interlocutores involucrados, sobre el «plazo máximo para la mediación», el «estatuto jurídico y el registro de mediadores», la «obligatoriedad de la sesión informativa», el «papel de abogados y letrados», la ampliación a los «asuntos de consumo», la «ejecutabilidad de los acuerdos extrajudiciales de mediación», los «desafíos formativos y estadísticos» y el «procedimiento judicial de homologación de acuerdos». Incluso se hicieron interesantes sugerencias sobre la introducción voluntaria de la mediación en la «justicia penal restaurativa», o sobre la extensión de la mediación a «conflictos con la Administración, relacionados con el derecho autonómico foral o especial»,

En mi opinión, el citado Anteproyecto fue, en general, muy bien acogido, dada la creciente demanda de mejoras que se habían ido acumulando desde la aprobación de la Ley de 2012. Reproduzco, como ejemplo de ello, el titular (2) sobre la posición del Consejo General del Poder Judicial: «El CGPJ avala el Anteproyecto de Ley de impulso a la Mediación, pero reclama medidas para una implicación real y efectiva», y cito un trabajo ambicioso de Fernando Rodríguez Prieto, notario y experto en Mediación muy involucrado en la «Fundación Signum», bajo el acertado título (3), «Hacia un cambio de paradigma», donde afirmaba que «la aprobación del Proyecto de Ley de Impulso a la Mediación puede suponer un cambio significativo en nuestra cultura jurídica y en la forma sobre cómo en la sociedad se considera que se han de abordar y resolver los conflictos jurídicos en ciertas materias». «Confilegal», por su parte, escribía en una crónica telemática (4) sobre la Mesa redonda organizada por «MEDIAICAM», —dedicada al libro del Magistrado Pascual Ortuño, «Justicia sin Jueces»—, que «Abogados, Mediadores y Jueces tenemos que creernos que la Mediación ya forma parte de la Justicia».

El Ministerio de Justicia, inmediatamente después de aprobarse el Anteproyecto de Ley, había creado, por Orden Ministerial JUS/57/2019 de 22 de enero, un «Foro para la Mediación», que pasaba a ser protagonista de cara a la mejora y negociación del texto hasta entonces elaborado. Se hablaba en la Orden de «fórmulas alternativas de gestión de conflictos más rápidas y menos costosas, de "desjudicialización"», de «participación y diálogo con la sociedad civil» y del «carácter abierto de las propuestas». Fue un gran acierto la creación de este Foro, que pasó a integrar a todos los mejores representantes de instituciones públicas y privadas interesados en la Mediación, y me consta que empezó a funcionar con total entrega, dotándose incluso de un pragmático Reglamento Interno, dirigido a ordenar su mejor funcionamiento.

III. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS PROCESALES, TECNOLÓGICAS Y DE IMPLANTACIÓN DE MEDIOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIA (2020)

Tras la Moción de Censura, que derribó el Gobierno de Rajoy, pasaría a ser Ministra de Justicia, Dolores Delgado. No hubo novedad alguna en lo referente al Anteproyecto arriba analizado. El paso

del tiempo hizo disminuir, poco a poco, el optimismo anteriormente generado de cara a una ágil tramitación parlamentaria de un Proyecto de Ley en favor de la Mediación.

Sería el nombramiento en *enero de 2020* de un nuevo Ministro de Justicia, Juan Carlos Campo, experimentado magistrado y portavoz del PSOE en temas de Justicia, el que retomaría con firme interés los distintos proyectos normativos pendientes en todo lo que tenía que ver con la modernización de la Justicia, empezando ciertamente por la Mediación.

Otras instituciones, en espera de las anunciadas reformas, seguían analizando ese desafío del desarrollo y reforma de la vieja Ley 5/2012. Así el «Círculo de Empresarios» (5) bajo el enunciado

«Los conflictos entre empresas deben poder solucionarse sin necesidad de acudir a los Juzgados», concluía afirmando que «el sistema judicial español, que ya sufría una notable saturación en la mayoría de sus tribunales, se verá colapsado, —pese a las medidas anunciadas por los poderes públicos—, si las empresas no hacen un decidido uso de los denominados sistemas alternativos de resolución de conflictos», que enumeraba a continuación, —negociación, conciliación, mediación, y arbitraje—, si bien añadía «aunque desde esta entidad empresarial se apuesta más por la mediación».

Al mismo tiempo, se seguía, profundizando en la *esperada Desescalada* y así lo hizo en similares fechas, el «Centro de Estudios del ICAM» (6) en un Debate, que analizó lo que se nos vendría encima, cuando terminase el Estado de Alarma, en los distintos bloques jurídicos, —Civil, Penal, Concursal, Laboral, Familia y Contencioso-Administrativo—. La mediación fue muy invocada en relación con los temas civiles y comerciales previstos en la Ley 5/2012.

Aunque el Anteproyecto de 2019 habla de la «falta de una cultura de la mediación en los Estados miembros de la UE», reconoce, en primera persona, que «la anterior Ley de Mediación de 2012 no ha conseguido desarrollar en España la potencialidad augurada desde su gestación»

Ya en junio 2020, se sometió a consulta pública un futuro Anteproyecto de Ley, de largo y complejo título, sobre «Medidas Procesales, Tecnológicas, y de Implantación de Medios de Solución de Diferencias». La convocatoria, *con carácter previo a la elaboración del Anteproyecto*, recababa la opinión de los ciudadanos, organizaciones y asociaciones potencialmente afectados sobre *los problemas, la necesidad y oportunidad, los objetivos y las posibles soluciones alternativas*. En la cuidada explicación se incluían rotundos pronunciamientos sobre la inspiración del futuro texto, ciertamente mucho más ambicioso que el anterior, que se concentraba en la Mediación. Se hablaba, por un lado, de

«... la agilización de los procesos judiciales, la mejora de su eficacia y la implantación de medidas que permitan al actual sistema de la Administración de Justicia atender en tiempo razonable y útil

la tutela judicial que demandan los ciudadanos», y, por otro lado, de «potenciar la capacidad negociadora de las partes introduciendo medidas eficaces que no acaben derivando en meros requisitos burocráticos, mediante la mediación en todas sus formas, el fortalecimiento del arbitraje con un nuevo modelo y la introducción de otros mecanismos de acreditada experiencia en el Derecho comparado».

Además, presentaba un cuestionario, donde se preguntaba sobre otras metas concretas, dentro de la «necesidad de reformas integrales en el ámbito de la Justicia para encauzar la creciente litigiosidad, para agilizar los procedimientos judiciales en curso, y para implementar nuevas tecnologías de la información y de la comunicación de la Administración de Justicia», como las «sentencias de viva voz», los «pleitos testigos», las «garantías legales de las subastas de bienes embargados», las «nuevas herramientas de identificación y autenticación de los ciudadanos», y las «declaraciones y juicios a celebrar telemáticamente».

Todo lo anterior dejaba claro un definitivo y total distanciamiento del Anteproyecto del anterior Gobierno, y ello a pesar de haber sobrevivido el viejo texto, al menos tácitamente, durante los dos años transcurridos desde la llegada del nuevo Gobierno.

Me fijaré en las Aportaciones de la Comisión de Mediación del Club Español de Arbitraje en el marco de la Consulta Pública (7) , en la que se exponen viejos y nuevos planteamientos del CEA en favor de «*mayores parámetros de calidad y auto exigencia*» para las personas profesionales e instituciones que ofrecen servicios en este ámbito; «*cláusulas multimodales en los contratos*»; de los «*dispute boards*» para contratos de ejecución continuada en el tiempo y con marcado carácter técnico; de la ya rodada «*mediación intrajudicial*» y sus «*aspectos retributivos*»; de la «*exención de tasas*»; de la «*superación del criterio de vencimiento objetivo en la imposición de costas*» y de la «*exención del IRPF de las indemnizaciones por daños personales*» cuando se pacten en un proceso de mediación.

Había también preguntas sobre la «*crisis económica y social que ha generado la pandemia del coronavirus en España*», elemento que parecería haber influido grandemente en los nuevos planteamientos. En efecto, solo un mes antes, el 6 de mayo de 2020, el «Consejo General del Poder Judicial» había aprobado un extenso texto titulado «*Primer Documento de Trabajo sobre Medidas Organizativas y Procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma*», de acuerdo con las *Directrices de 2 de abril* del propio CGPJ. Dentro de los cinco bloques de medidas a adoptar, —un total de 29—, figuran algunas que el nuevo Anteproyecto de Ley habría de incorporar. Había en todo caso en el Documento menos medidas vinculadas a la mediación que las esperadas. Por un lado, la Medida 2.2. que, de cara a «*reducir la litigiosidad*», recomendaba «*la ampliación de la regulación de las costas procesales y de las reglas de la buena fe procesal*». Y, por el otro, la Medida 5.16. que recomendaba «*la mediación en procedimientos tributarios*» dentro del «*orden jurisdiccional contenciosos–administrativo*».

Un nuevo equipo de asesores asumiría la presentación pública del futuro proyecto en los foros especializados. Así *MEDIAICAM* organizaría en el «*Colegio de Abogados de Madrid*» un Seminario bajo el integrador título «*El impulso de la autocomposición: el COVID–19 como punto de inflexión*» (8) en el que se escucharon explicaciones oficiales sobre el radical cambio introducido y sobre la ubicación

del nuevo Anteproyecto dentro de esfuerzos ya anunciados como el «*Proyecto Justicia 2030*» y el «*Anteproyecto de Justicia sostenible*».

Pero, pienso que probablemente por la propia crisis sanitaria, este prometido Anteproyecto entró en un proceso de renegociación y modificación continua dentro del propio Ministerio de Justicia, surgiendo muchísimos interrogantes sobre las consecuencias del mismo en el área concreta de la mediación que nos ocupa, sin llegar nunca a ver la luz con su propio articulado bajo el mencionado título.

El viejo objetivo en favor de las MASC, en cualquier caso, seguía ganando entusiastas adeptos, como lo prueba la firma por la «Cámara de España» y la «Confederación Española de la Pequeña y Mediana Industria», de un Convenio de Colaboración para «*divulgar las ventajas de la mediación, también del arbitraje, entre las empresas española con un especial foco en las pymes*» (9).

IV. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA (2021)

El 15 de diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó e hizo público el nuevo texto con nuevo título, que, como decía la Referencia oficial, se estructura sobre tres ejes: *los medios adecuados para la solución de controversias; la reforma de las Leyes procesales; y la transformación digital*, sin dejar de añadir en arriesgada prospectiva que «*si se logra que uno de cada cuatro procedimientos civiles termine en un acuerdo entre las partes, el sistema judicial se descargará de más de medio millón de procedimientos*».

Las grandes ambiciones reflejadas en el novedoso título se veían confirmadas en la larga Exposición de Motivos, —28 páginas—, y en sus 20 artículos, —que ocupan otras 116 páginas—, dadas las complejas y detalladas modificaciones que proponía introducir en distintas leyes, en concreto *La Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882; la *Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa* de 29/1998; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000, incluidos aspectos del procedimiento de *casación* y la regulación de las *subastas electrónicas*; la *Ley de la Jurisdicción Social* 36/2011; y la *Ley del Uso de las tecnologías de la Información y la Comunicación de la Administración de Justicia* 18/2011; más las cuatro Disposiciones Finales, que modificaban aspectos concretos de la *Ley* 1/1996 de *Asistencia Jurídica Gratuita*, de la *Ley* 35/2006 del *IRPF*, de la *Ley* 5/2012 de *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, y del *Real Decreto Ley* 2/2015 del *Estatuto de los Trabajadores*.

El texto completo se distanciaba, pues, totalmente del anterior «Anteproyecto de Impulso de la Mediación», lo que llevaba a preguntarse, —y así lo escribí—, si se estaba haciendo realidad también esta vez el viejo aforismo de que «lo mejor es enemigo de lo bueno» (10).

Mencionaba también en mi breve texto la similitud del nuevo Anteproyecto, con la, también muy ambiciosa y afortunadamente ya exitosa, «*Ley francesa 2016-1547, de 18 de noviembre 2016, de Modernisation de la Justice du Siècle XXI*», que, tras un Título primero, «*Rapprocher la Justice du Citoyen*», y de un segundo, «*Favoriser les Modes Alternatifs de Règlement de Differends*», titulaba el tercero «*Dispositions tendant à l'amélioration de l'organisation et du fonctionnement du Service Publique*».

de la Justice», extendiéndose también hasta un total de 135 páginas.

Lógicamente, el nuevo texto levantó inmediatas reacciones críticas, pero, casi siempre, compensadas con el deseo de la comunidad legal de ver fortalecida con urgencia la Mediación, lo que llevaría a apoyar, con mayor o menor entusiasmo, el ambicioso esquema de instauración de este nuevo «Servicio Público de Justicia». Ya no resultaba viable hacer una encuesta dando a elegir a los ciudadanos más concernidos entre la opción anterior, «*lo bueno*», y la nueva diseñada por el, ciertamente experto, Ministro Campo, «*lo mejor*».

Pocos días después, disfruté de un meditado y sólido trabajo del abogado, árbitro y mediador, Blas Piñar Guzmán, titulado «*Trece Observaciones sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (11)*». Destacaré solo dos. La que tiene que ver con una mejorable técnica jurídica al ofrecer quince artículos en el Título I con su propio «*contenido dispositivo*», y otros cinco dirigidos a la reforma de textos normativos, como hacen las denominadas «*Ley de Leyes*». Y la que lamenta la desaparición de lo ordenado en el anterior «Anteproyecto de Ley de Impulso» en favor de «*la negociación colaborativa, la mediación y el arbitraje como parte fundamental de la formación teórica y práctica que reciban los futuros abogados*».

También fueron esclarecedores las distintas posiciones vertidas durante el «*Diálogo para el futuro judicial XXI. Medios Adecuados de Solución de Controversias*» (12), en el que participaron, además del citado Blas Piñar, otros expertos como los Letrados de la Administración de Justicia, Álvaro Perea González y José Fco. Escudero Moratalla, la Magistrada Rosalía Fernández Alaya, y los abogados Amparo Quintana y Aitor Santana Trujillo, que se pronunciaron sobre preguntas concretas como las respectivas «*opiniones personales*» sobre el Anteproyecto; la definición de la «*cultura jurídica española*»; la «*tutela judicial efectiva*»; el reconocimiento de nuevos instrumentos como «*la oferta vinculante confidencial*» o «*la opinión del experto independiente*»; y el concepto de «*abuso del servicio público de justicia*», terminando con un «*pronóstico*» mayormente optimista, pero a veces, pensé yo, algo voluntarista, dado el enorme desafío asumido por el Gobierno para hacer frente a tan trascendentes y complejas reformas que, sin duda por la grave crisis vivida durante la pandemia, iban mucho más allá del viejo objetivo inicial de impulsar la mediación.

Poco después, se iniciaron desde el Ministerio de Justicia los trámites de Audiencia e Información pública sobre el citado texto que estaba dando pie a variados comentarios en los distintos medios especializados. Recuerdo un breve informe (13), que analiza las distintas referencias incluidas en el recién aprobado Estatuto General de la Abogacía sobre «*la Mediación y los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos*», con una obligación específica en su art. 48.3º, que dice que «*el profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurar disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses*».

Como habitual, gran importancia tuvo el completo Informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial (14), dentro del cumplimiento de su *función consultiva*, de cuyas muchas páginas me limitaré a destacar algunos pronunciamientos que reflejan grandes desacuerdos. Así, la reserva general del Informe ante la futura nueva realidad, «*cuando se diseña un régimen de solución de*

conflictos previo a la jurisdicción, que queda en un segundo escalón, con el riesgo de ver degradada su función constitucional, cuya relevancia se relativiza. La finalidad de la generalización de estos mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, y su misma funcionalidad, no reside entonces, en servir de instrumento eficiente, eficaz y efectivo para superar las deficiencias estructurales del sistema de Justicia, sino en constituir el mecanismo adecuado para solucionar los conflictos en las relaciones jurídico-privadas de naturaleza disponible y para alcanzar la paz social, respecto del cual la jurisdicción se presenta como remedio de último recurso, lo que lleva aparejada la peligrosa idea de la ineficiencia e ineficacia de la vía y la respuesta jurisdiccional» (p. 7).

Tampoco deja de advertir el Informe sobre *«el riesgo de que la regulación de estas vías alternativas ofrezca resultados poco satisfactorios, como en su día tuvo la conciliación previa prevista en la LEC de 1881, y que el intento de MASC se convierta en un mero trámite burocrático o un formalismo que se absuelve con el único fin de dejar expedito el acceso a la jurisdicción» (p. 13).*

Y advierten los jueces sobre otro de los pilares del Anteproyecto, la incorporación a la regulación de los MASC de lo previsto en el art. 1816 del CC sobre el contrato conforme a la cual *«la transacción tiene para la partes la autoridad de la cosa juzgada»*, lo que le lleva a destacar *«las diferencias entre contrato y sentencia»*, siendo solo esta segunda la que constituye una declaración irrevocable del Derecho, mientras que *«el acuerdo contractual podrá ser objeto de las acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión correspondientes»* a través del acceso al control jurisdiccional del fondo (p. 16 y 17).

Por último, el CGPJ estima que el *«carácter obligatorio del intento de MASC para todo asunto civil y mercantil»* planteará ulteriores debates, por considerar el Informe en cuestión que ello *«carece de antecedentes en el ámbito de la Unión Europea» (p. 19).*

Sin duda, el más detallado trabajo doctrinal sobre el citado texto en esos momentos iniciales fue el del Profesor Rafael Hinojosa Segovia, *«Los sistemas adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia» (15)* En el mismo se pueden encontrar comentarios enriquecedores sobre prácticamente cada una de las novedades a introducir, que valdrán sin duda cuando llegue el momento del debate parlamentario sobre enmiendas. Me fijaré solo, a título de ejemplo, en el compromiso que se asume en la *«Disposición Adicional Tercera»* de cara a la remisión al Parlamento, en el plazo de un año tras la aprobación de la Ley, de un «Estatuto del Tercero Neutral», figura llamada a *«democratizar»* al máximo las MASC, cuestión que ha llamado la atención de otros especialistas como Amparo Quintana, *«El tercero neutral en mediación o la búsqueda del grial» (16)*, y Antoni Vidal Teixidó, *«El tercero neutral y el mediador evaluativo en el anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal» (17)*.

V. COMENTARIOS PERSONALES FINALES

No pretendo añadir nada de importancia desde un punto de vista académico. Querría solo hacerme eco de lo que podríamos llamar *lecciones aprendidas*, que serían de contenido más político que jurídico.

La primera llevaría, aunque choque al lector, a lamentar las consecuencias que en el mundo de la

Mediación tuvo el voto de censura que hizo caer al Gobierno de Mariano Rajoy. Comprendo que, a ojos de todos, ello tendría mínima importancia frente a otros grandes cambios introducidos en la política nacional con la llegada al poder del Gobierno de Pedro Sánchez tras su fuerte enfrentamiento ideológico contra todo lo que tuviese que ver con el anterior Partido de Gobierno. Aunque cabría considerarlo como un *side effect* de mínima trascendencia para el país, no es así a mis ojos, ni a los de todos aquellos que vivieron con grandes expectativas aquellos momentos en que España estuvo a punto de debatir, mejorar y aprobar una prometedora «*Ley de Impulso de la Mediación*», claramente necesaria.

Cabría añadir, en estos momentos en que los sistemas democráticos están sólidamente instalados en la Europa occidental, como sucede en el caso español, que la continuidad en las cuestiones de Estado, —y la Justicia sin duda lo es—, tiene especial importancia para mantener el apoyo de los ciudadanos a los partidos políticos y a sus respectivos representantes, que, por su parte, deben saber sacrificarse cuando se trata de alcanzar un bien común. Si el nuevo Gobierno, con el citado Anteproyecto de Ley a falta de un último trámite para convertirse en Proyecto de Ley y someterse al debate parlamentario, en el que las ideologías de izquierdas o de derechas no tendrían por qué salir a relucir, lo hubiese mantenido, resulta fácil, imaginar que tendríamos ya aprobadas urgentes reformas en beneficio de los MASC, que, según todos, necesita España.

Fueron pues factores políticos de choques apriorísticos del Gobierno entrante con el saliente, al margen de un estudio objetivo y ecuaníme de los intereses generales, los que llevaron, pandemia incluida, a un parón de dos años en el muy necesitado proceso reformador de la Justicia.

Corresponde ahora al partido político en el poder, demostrar que la inesperada y poco comprensible salida del Ministro Campo, debido a razones que nada tienen que ver con nuestras preocupaciones sobre los MASC, no debería demorar, frenar o torcer el ambicioso camino elegido por aquel destacado experto, que logró movilizar mayoritarios apoyos y que seguía bien dispuesto a dar la batalla final.

Desgraciadamente, desde la llegada de la nueva Ministra el pasado junio, el «*Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*» parecería haberse estancado. Y ello sucede a pesar de mantenerse en sus puestos asesores expertos que conocen y trabajan por su aprobación desde el cambio de Gobierno, pronto hará tres años. Pienso en la magistrada y profesora, Ana Carrascosa, que sigue entregada a su labor asesora, ocupándose de difundir y defender las ideas fuerza del nuevo Anteproyecto. Tuve la oportunidad de escucharla nuevamente en una conferencia (18). Explicó con entusiasmo ante los oyentes su «*flechazo con la mediación*» que fechó en 1994, y defendió y explicó las principales mejoras introducidas en el actual borrador, sin negar los sucesivos cambios introducidos desde los distintos sectores del Ministerio sobre un texto que, en sus orígenes, quiso ser prioritariamente técnico. Anunció incluso, para tranquilizar a quienes más preocupados estamos con los tiempos, que «*el texto se remitiría al Consejo de Estado el 25 de octubre*».

Aunque vencido ya el citado plazo, el Anteproyecto tuvo entrada a mediados de diciembre en el Consejo de Estado, llamado a elaborar su dictamen en un plazo de dos meses. Personalmente

también lo deseo, aunque lo dudo, consciente del mayor tiempo que se exige cuando se está, como sucede esta vez, ante un extenso y trascendente texto que, siguiendo el modelo francés, quiere regular y mejorar el Servicio Público de Justicia.

Todo lo anterior lleva al normal ciudadano, preocupado más por la micro política de las soluciones reales de nuestros problemas que por la macro política anclada en factores políticos, a preguntarse si cabrá tener una nueva Ley que reforme y mejore el funcionamiento de la Justicia dentro de la presente Legislatura.

Aunque soy enemigo de la prospectiva, y no me gustan las apuestas, dejo aquí mi entristecido reconocimiento de que, por las acciones y omisiones de los políticos hoy en el poder, el ciudadano de la calle tendrá que seguir esperando a que en España empiece a mejorar el funcionamiento de las instituciones judiciales, para lo cual ha quedado demostrado que será necesario recurrir en mayor medida, como hacen los otros países de nuestro entorno, a los «Medios Adecuados de Solución de Controversias», última terminología utilizada por el actual Gobierno, convertida hoy en vía clave para la «Reforma de la Justicia», tantas veces anunciada.

(1)

De 4 de febrero de 2019.

[Ver Texto](#)

(2) *La Vanguardia*, 18 de marzo de 2019.

[Ver Texto](#)

(3) *El Notario del Siglo XXI*, n.º 83, enero/febrero 2019.

[Ver Texto](#)

(4) *Conflegal* destacaba el 15 de marzo de 2019 las siguientes ideas fuerza: «La mediación necesita presupuesto», «Los pleitos tienen un coste emocional muy elevado», «Lo mejor ante un conflicto es no acudir a los Tribunales». Y se preguntaba «Es posible que funcione la Justicia sin Jueces», todo ello muy en línea con el Anteproyecto aprobado.

[Ver Texto](#)

(5) Nota oficial del «Círculo de Empresarios» de 18 de mayo de 2020.

[Ver Texto](#)

(6) El 12 de mayo de 2020.

[Ver Texto](#)

- (7) En junio de 2020. [Ver Texto](#)
- (8) El 29 de julio de 2020. [Ver Texto](#)
- (9) El 15 de diciembre de 2020. [Ver Texto](#)
- (10) N.º 1 (junio 2021), de mi «Newsletter sobre Mediación y Arbitraje», desde el Despacho «Lupicinio International Law Firm». [Ver Texto](#)
- (11) Blog *El Almacén del Derecho*, de 29 de diciembre 2021. [Ver Texto](#)
- (12) Publicadas en *Diario La Ley*, n.º 9788 de 10 febrero 2021. [Ver Texto](#)
- (13) *InfoCAM*, 30 marzo 2021, «Referencias a los ADR–MASC en el nuevo Estatuto General de la Abogacía». [Ver Texto](#)
- (14) Aprobado en el Pleno del CGPJ de 22 de junio 2021. [Ver Texto](#)
- (15) Publicado en el n.º 5 de la Revista *La Ley. Mediación y Arbitraje*, que dirige el catedrático José Carlos Fernández Rozas. [Ver Texto](#)
- (16) *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 8. [Ver Texto](#)
- (17) *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 5. [Ver Texto](#)
- (18) En ICADE, Seminario organizado, el 29 septiembre 2021, por «Área de Derecho Procesal» dentro del

«Centro de Innovación del Derecho».

[Ver Texto](#)

Mediación como herramienta en conflictos arrendaticios en tiempos de pandemia

Mediation as a tool in lease disputes in times of pandemic

En época de crisis, en el ámbito inmobiliario surgen conflictos de muy diverso calado, entre los que han destacado por su repercusión mediática los de carácter hipotecario, frente a los que han venido ganando protagonismo los conflictos arrendaticios, derivados fundamentalmente por la precaria situación laboral y económica generada por la pandemia. Ante el colapso de los tribunales por la incesante judicialización de los conflictos civiles, en materia de arrendamientos urbanos surge la oportunidad de implementar la mediación para gestionar y resolver las disputas entre las partes, dando una solución rápida y efectiva, adaptada a la naturaleza del conflicto y a las circunstancias concurrentes.

Pandemia, arrendamientos urbanos, conflictos, mediación.

In times of crisis, in the real state sector, conflicts of very diverse depth arise, among which those of a mortgage nature have stood out for their media repercussion, compared to those that have been gaining prominence the lease conflicts, derived fundamentally by the precarious labor and economic situation generated by the pandemic. Faced with the collapse of the courts due to the incessant judicialization of civil conflicts, in matters of urban leases the opportunity arises to implement mediation to manage and resolve disputes between the parties, giving a quick and effective solution, adapted to the nature of the conflict and the concurrent circumstances.

Pandemic. Urban leases. Conflicts. Mediation.



Carmen Barrón López

Abogada

I. CUESTIONES PREVIAS

La crisis económico-sanitaria en la que vivimos ha traspasado los límites sanitarios al afectar de forma drástica nuestra economía, al haber derivado las medidas legislativas adoptadas para contener la pandemia importantes efectos socioeconómicos colaterales.

Ciertamente, los efectos económicos generados por la suspensión de la actividad económica con la

declaración del estado de alarma y la dificultad de su reanudación, han sido el caldo de cultivo de múltiples situaciones conflictuales que comienzan a invadir nuestro sistema judicial. En línea con lo expuesto, si bien, el impacto socioeconómico de la pandemia ha sido generalizado, en el ámbito empresarial y familiar ha derivado en múltiples situaciones de sobreendeudamiento que ha tenido directo impacto en el impago del alquiler de vivienda y locales de negocio.

Esta crisis socio-sanitaria está siendo más grave de lo que se previó en un principio tras el estallido de la pandemia del Covid-19 con la declaración del estado de alarma el 14 de marzo 2020. A la crisis en el ámbito laboral con la paralización de la actividad se ha sumado las múltiples medidas adoptadas posteriormente que limitan la actividad comercial y de servicios, que ha llevado consigo la pérdida de innumerables puestos de trabajo y el cierre precipitado de locales comerciales que no pueden afrontar el alquiler de sus instalaciones, así como, el impago de alquileres de vivienda.

Esta realidad acuciante ha supuesto una transformación en el perfil del inquilino moroso y, asimismo, ha generado la adopción sucesiva de medidas legislativas destinadas durante la vigencia del estado de alarma a ampliar la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda en curso, así como, establecer moratorias o condonaciones de renta de local de negocio.

II. LA CONFLICTIVIDAD EN EL ÁMBITO ARRENDATICIO

La implantación de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ha ofrecido al ciudadano un abanico de vías para acceder a la Justicia, dándole la oportunidad de decidir la vía más idónea a cada tipo de conflicto. Para ello, se hace necesario un diagnóstico del conflicto y de la relación entre las partes afectadas. En este sentido, el ámbito arrendaticio, la elección del método de gestión y resolución de conflictos será determinante para el mantenimiento de la relación entre las partes.

Para abordar el tratamiento de los conflictos en el ámbito arrendaticio resulta necesario efectuar una aproximación al panorama actual, de cara a considerar la mediación como el medio de gestión y resolución más idóneo.

1. *Status Quo* de las relaciones arrendaticias en tiempos de pandemia

Como venimos comentado, la crisis sanitaria ha tenido un gran impacto en la economía, con grave repercusión en el ámbito laboral, empresarial, familiar, etc. Ante esta nueva realidad sobrevenida, se han adoptado medidas legislativas por la vía de la urgencia y necesidad, con una visión inicial de provisionalidad, para minimizar sus devastadoras consecuencias en colectivos vulnerables.

En materia arrendaticia, se han articulado diversas medidas legislativas con diferente alcance y contenido, al estar dirigidas tanto en el arrendamiento de vivienda, como a contratos de uso distinto a vivienda; si bien, como cualquier medida adoptada de forma urgente y con carácter inicial de provisionalidad, genera múltiples dudas interpretativas, que ineludiblemente derivarán en los tribunales.

La paralización económica de la actividad motivada por las restricciones y medidas de orden sanitario aprobadas para luchar contra el Covid-19, ha tenido especial repercusión en determinados

ámbitos de la actividad como la hostelería, restauración, comercios, peluquerías, etc.; que representan una gran parte de la población activa de nuestro país, representada por pequeñas y medianas empresas, trabajadores por cuenta ajena y autónomos que, acuciados por la pérdida de actividad se han visto obligados a no poder atender sus obligaciones arrendaticias, bien sea en sus locales de negocio o en sus propias viviendas familiares.

En este contexto, se han promulgado medidas extraordinarias de ámbito social y económico que afectan en materia de arrendamientos a los contratos de vivienda y de uso distinto del de vivienda, como vía para paliar la situación de los deudores arrendaticios y servir de mecanismos preventivos garantizando la continuidad y condiciones contractuales en los contratos de arrendamiento de vivienda.

Ciertamente en el contexto contractual, las consecuencias económicas coyunturales a la pandemia generan modificaciones que afectan irremediamente a la relación contractual, cuyos efectos han tratado de paliar las medidas legislativas adoptadas, sin entrar a valorar la eficacia o el acierto de tales medidas.

Así desde la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, las medidas aprobadas en los Reales Decretos-Leyes 11/2020, de 31 de marzo y 15/2020, de 21 de abril han sido insuficientes al prolongarse la situación existente, siendo necesaria una nueva declaración del estado de alarma por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, con finalización el 9 de mayo de 2021.

Durante el tiempo transcurrido, muy superior al previsto inicialmente, ha sido necesario modificar las medidas de flexibilización adoptadas por el RDL 11/2020, mediante los Reales Decretos-leyes 16/2020, 26/2020 y 30/2020, que no resultaron suficientes, aprobándose las siguientes disposiciones que modifican el citado RDL 11/2020 que se han sucedido temporalmente, entre las que destacamos:

- Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.
- Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.
- Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

Ante la finalización del estado de alarma fue aprobado el Real decreto-ley 8/2021, que prorrogaba hasta el 9 de agosto de 2021 algunas de las medidas extraordinarias de ayudas al alquiler, aprobadas por el Gobierno para afrontar la situación excepcional provocada por el coronavirus, posteriormente ampliadas hasta el 28 de febrero de 2022.

Las medidas adoptadas se han fundamentado especialmente en la protección de los arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad económica y social regulando en los supuestos previstos

por la citada normativa las siguientes cuestiones:

- La suspensión de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual en hogares vulnerables económica y socialmente;
- La moratoria o condonación parcial de la renta;
- Posibilidad de prórroga extraordinaria de seis meses de los alquileres de vivienda, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor;
- Igualmente, se extiende el plazo para que los arrendadores y titulares de vivienda afectados por la suspensión extraordinaria prevista en el Real Decreto-ley 11/2020, presenten la solicitud de compensación prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020.

Estas medidas de carácter urgente se han prorrogado hasta el 28 de febrero de 2022 para proteger a los hogares en situación de vulnerabilidad y se complementan con medidas estructurales para garantizar el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

En el panorama descrito resulta necesario equilibrar las relaciones contractuales para adaptarlas no sólo al inicial estado de alarma decretado por el Gobierno, sino al contexto económico surgido tras las medidas adoptadas para paliar los efectos de la pandemia que, debido a su prolongación temporal, van adquiriendo tintes de permanencia y demandan un nuevo enfoque de las relaciones contractuales afectadas por dicha realidad.

Este contexto, del que se deriva un incremento de las controversias judiciales, con el consiguiente colapso de nuestro sistema judicial, parece abocarnos al empleo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación.

2. Incidencia de la pandemia en los contratos de arrendamiento

La crisis económica originada por la pandemia ha irrumpido sobrevenidamente en las relaciones contractuales, limitándose las medidas tuitivas expuestas a proteger sectores vulnerables, si bien, no se configuran como un remedio general aplicable a las relaciones contractuales arrendaticias afectadas.

En este sentido, la mediación arrendaticia y la cláusula *rebus sic stantibus* pueden constituir una alternativa a la adaptación o desvinculación del contrato y de la misma forma que el legislador ha intentado amortiguar los efectos de la pandemia en sectores vulnerables, igualmente, podrían haberse acometido por vía de urgencia una regulación legal que impulsase la conservación de los contratos y la obligación previa de las partes de renegociarlos antes de acudir a la vía judicial (1) .

Si bien, la solución que estimamos más viable en el contexto existente es la implantación de la mediación, analizando el uso de la mediación obligatoria *ex lege* como requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la acción judicial para resolver los conflictos arrendaticios de vivienda y locales de negocio entre particulares.

Ciertamente, ante la existencia de posturas enfrentadas entre las partes en un conflicto de ámbito arrendaticio es preferible la intervención de un profesional experto en la materia que acerque las posturas y evite la judicialización del conflicto.

Los conflictos derivados de los contratos de arrendamientos urbanos siguen teniendo como vía principal de resolución la judicial, a pesar de haberse recogido en la Ley de Arrendamientos Urbanos la posibilidad de derivarlos a mediación.

En efecto, la mediación es una vía a la que es posible derivar la solución al conflicto al haberse recogido en el art. 4.5º de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, redactado por el apartado uno del artículo primero de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que establece que: «Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquéllas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje».

III. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ARRENDATICIOS

Los conflictos en el ámbito arrendaticio sean de vivienda o de local de negocio son propicios para ser gestionados y resueltos mediante mediación. Para analizar dicha cuestión realizaremos una breve aproximación de la figura de la mediación, para así considerar las ventajas del uso de dicho método en el ámbito arrendaticio, su encaje y aplicación en los conflictos derivados de los contratos de arrendamiento.

La mediación se encuentra regulada en España por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Ley de Mediación), que supuso la trasposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante, Directiva 2008/52/CE.

De manera que, la Ley de Mediación da entrada legislativa y sienta las bases de la mediación en España, al reconocer que son susceptibles de mediación todos asuntos civiles o mercantiles que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, excluyendo de su aplicación en el artículo 2 la mediación en el ámbito penal, con las Administraciones públicas, en materia laboral y en conflictos de consumo (2) .

La referida Ley ha sido complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que regula los requisitos que ha de cumplir el mediador para ejercer como tal, el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónico y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.

Con base en esta regulación, se introduce normativamente la mediación en España como medio de resolución extrajudicial de las controversias civiles y mercantiles, en una posición alternativa o complementaria de la vía judicial, configurándola como el método óptimo para gestionar y resolver

los conflictos en determinados supuestos.

La mediación se configura inicialmente como un medio alternativo a la vía judicial, si bien, un sector de la doctrina, encabezado por Barona (3), considera que la mediación, más que una alternativa a la jurisdicción tiene una función complementaria.

En este sentido, queda aún un largo camino por recorrer para que la mediación se convierta en el modo habitual de resolver los conflictos en España y para que la vía judicial sea el último recurso al que acudir cuando la mediación haya resultado infructuosa o improcedente (4).

La mediación no es un mecanismo nuevo de resolución de conflictos, empero, al ser una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento nacional, resulta difícil dar una definición integradora de la mediación (5).

La mediación es un «sistema autocompositivo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y privado de solución de conflictos, voluntario e irritable, que cuenta con la imprescindible e insustituible asistencia de un tercero (mediador) que auxilia y ayuda a las partes en la obtención libre y voluntaria de un mutuo acuerdo, pero sin proponer ni imponer el mismo» (6).

La materia arrendaticia urbana es muy propicia a derivar los conflictos a mediación, especialmente los generados por el contexto económico-sanitario existente, que se encontrarán fundamentados principalmente en impagos de renta; determinación y pago de gastos que correspondan al inquilino

Compartimos con Martin Diz (7) que «la mediación es una institución típicamente jurídica en cuanto a su consideración como medio de resolución pacífica de disputas. Por tanto, en sentido amplio, ha de ser entendida como mecanismo para impartir Justicia, en cuanto virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde mediante la aplicación del derecho, la razón o la equidad».

Entre los principios rectores de la mediación, igualmente extensibles al resto de las ADR, más allá de su regulación legislativa concreta en cada país, podemos destacar los principios de voluntariedad, libre disposición, igualdad, imparcialidad y neutralidad del mediador, confidencialidad, flexibilidad y buena fe.

En la mediación la pieza esencial del sistema será la figura del mediador que será el garante de su carácter autocompositivo, al consistir fundamentalmente su intervención en ayudar a las partes a que, por sí mismas y de forma constructiva, gestionen el conflicto, alcanzando una solución favorable que lo resuelva.

Son muchas las bondades destacables de la mediación como método que fomenta una cultura de

diálogo, en la búsqueda de una solución más comprensiva de la naturaleza del conflicto y que mantiene su privacidad entre las partes, de forma que no trascienda a terceros.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, resultaría aventurado afirmar que la mediación es el medio más idóneo en todos los conflictos y circunstancias, si bien, resultan consagradas las ventajas de la mediación, al tratarse de un procedimiento voluntario, flexible, rápido, dinámico, que las partes pueden diseñar y adaptar a las circunstancias y complejidad de cada caso.

Como hemos venido avanzando a lo largo de este trabajo, las circunstancias concurrentes han tenido especial trascendencia en el ámbito contractual, concretamente de carácter arrendaticio que nos ocupa, generando en muchos casos la imposibilidad del inquilino de cumplir sus obligaciones de pago de la renta.

En línea con lo expuesto, el aumento de la conflictividad que se está produciendo por el incremento de los conflictos en materia arrendataria, familiar, empresarial, etc., ha planteado que desde diversos sectores jurídicos se potencie el uso de la mediación, como la vía más idónea para afrontar las especiales circunstancias concurrentes.

1. Ventajas de la sumisión a mediación en el contrato de arrendamiento

La relación arrendaticia como cualquier otra relación personal conlleva un desgaste emocional que se añadirá al surgido en cualquier conflicto, por lo que, cualquier medida que trate de paliarlo y reducirlo en su intensidad, debe ser plenamente acogida. Así podemos destacar unos valores añadidos al uso de la mediación en la gestión y resolución de los conflictos arrendaticios:

- Los peligros que se asume acudiendo a la vía judicial, en cuanto a la incertidumbre de su resultado.
- La mediación se basa en el consenso dialogado y en la búsqueda de soluciones sobre la base de un compromiso mutuo de los intervinientes en cumplir los acuerdos alcanzados.
- La mediación permitirá la intervención de un tercero, imparcial y neutral, que entablará una vía de comunicación entre las partes y fomentará la misma, como única vía para la construcción de una solución. En el examen de los conflictos arrendaticios, gran parte de la tipología de los conflictos surgidos obedecen a una deficiente comunicación o al debilitamiento de esta. Por tanto, la intervención del mediador será un vínculo para reforzar uno de los mecanismos necesarios para afrontar los problemas o divergencias.
- La confidencialidad será una vía esencial para mantener el conflicto en el ámbito estrictamente interno, lo que puede ser especialmente positivo en los conflictos de arrendamiento de uso distinto al de vivienda, en los que se puede verse afectada la imagen comercial.
- La mediación toma en consideración los sentimientos, emociones, intereses y necesidades de los afectados por el conflicto. Fomenta el diálogo y permite que se alcancen pactos, así como, que se interioricen y legitimen por todos los participantes, lo que a su vez incrementa la probabilidad de su cumplimiento.

- La mediación puede suponer un ahorro económico, ya que, si los conflictos no se abordan a tiempo, pueden acabar judicializándose, con el consiguiente coste que ello implica.
- La mediación facilita el acercamiento de posiciones, disminuye la tensión y coste emocional y propicia el mantenimiento de las relaciones. Asimismo, permite mantener una relación positiva tras la resolución del conflicto, favoreciendo no romper el vínculo contractual y buscar la forma de mantener una relación cordial.
- La flexibilidad en el proceso hará que se adapte a las necesidades e inquietudes de las partes en conflicto.

Por lo expuesto, los conflictos surgidos en el seno de un contrato de arrendamiento serán muy propicios para derivarse a mediación, al tratarse de un procedimiento flexible en el que se podrán analizar las circunstancias que han determinado el conflicto, que pueden ser determinantes para que pueda generarse un acercamiento de posturas entre las partes y alcanzar un consenso con la intervención de un mediador.

En este sentido, compartimos con Magro Servet (8) que será recomendable que los mediadores sean profesionales especialistas en materia arrendaticia que se encuentren inscritos en el registro del Ministerio de Justicia y que los correspondientes institutos de mediación hagan constar su especialidad. De esta forma, el mediador designado será especialista en la materia con conocimientos jurídicos suficientes.

2. **Ámbito de aplicación de la mediación en los conflictos arrendaticios**

La materia arrendaticia urbana es muy propicia a derivar los conflictos a mediación, especialmente los generados por el contexto económico-sanitario existente, que se encontrarán fundamentados principalmente en impagos de renta; determinación y pago de gastos que correspondan al inquilino; desistimientos contractuales; interpretación de la duración del contrato; incremento de la renta por la aplicación de las actualizaciones de renta ante la escalada en el incremento del IPC, etc. En definitiva, se tratará de supuestos en los que ambas partes pueden tener razón parcial y en los que se han de valorar las circunstancias concurrentes, en base a lo que consideramos que la vía más idónea para su resolución es la mediación, auxiliada por un mediador experto en la materia.

En los arrendamientos de locales de negocio está surgiendo una mayor conflictividad derivada del cese de actividad o las dificultades de reapertura, con una reducción drástica en los ingresos de las empresas, lo que está planteando un aumento de los procedimientos judiciales fundamentadas en la alteración de las condiciones contractuales pactadas o en la imposibilidad de su cumplimiento. A la vista de estas circunstancias, claramente imprevisibles e inevitables, se reclama la aplicación de mecanismos reconocidos doctrinal y jurisprudencialmente, como la *cláusula rebus sic stantibus*, con el objeto de modificar el contrato, o, en su caso, resolver el mismo.

Si bien, más allá del previsible cambio jurisprudencial en la aplicación de dicha cláusula, o incluso, su regulación legal para facilitar su aplicación ante la imprevisión en los contratos de arrendamiento de

las circunstancias existentes; en este escenario, consideramos que puede tener gran eficacia la mediación y debería plantearse como un recurso obligatorio, antes de acudir a la vía judicial.

Por todo ello, en el ámbito de la Administración de Justicia resulta necesario adoptar medidas orientadas a procurar la agilización procesal y mitigar el exceso de litigiosidad mediante la potenciación de mecanismos extrajudiciales de conflictos, especialmente, la mediación. Si bien, el necesario impulso de la mediación debe plantearse como una medida de futuro que facilite el acceso a la Justicia al ciudadano y no como solución temporal de liberalización del colapsado sistema judicial.

En esta situación excepcional que nos encontramos surge la oportunidad de recurrir a la mediación como solución extrajudicial previa a la vía judicial, dando con ello un paso adelante hacia el nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada», que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

3. Impulso necesario de la mediación como herramienta para resolver los conflictos arrendaticios

Ante la creciente judicialización de los conflictos entre particulares a raíz de la crisis del coronavirus en España, para atender los diversos escenarios en el ámbito arrendaticio en los que puede surgir un conflicto o en los que sea necesario alcanzar un consenso, consideramos que la mediación puede ser el cauce para más idóneo para fomentar un espacio adecuado para la búsqueda de una solución consensuada, no impuesta desde fuera, que satisfaga las expectativas e intereses de las partes. Con todo ello, se garantizará que la decisión así tomada será útil, al atender la vertiente visible y subyacente del conflicto y, asimismo, que sea asumida, ante el compromiso de cumplimiento por las partes en disputa.

De esta forma, en las especiales condiciones concurrentes, hemos de considerar las bondades destacables de la mediación, como método que fomenta una cultura de diálogo, y ello, la perfila como un mecanismo idóneo, en razón a que cuenta con la flexibilidad y adaptabilidad necesaria para dar una respuesta a las diferentes situaciones conflictuales que se presenten, ofreciendo a las partes la posibilidad de alcanzar un consenso para solventar sus conflictos.

Ciertamente, la imagen deteriorada de la Administración de Justicia se ha visto agravada por la crisis socioeconómica que está afectando a España con la pandemia, que está teniendo una fuerte repercusión económica para el ciudadano y sector empresarial, provocando un aumento exponencial del número de procedimientos judiciales. Compartimos con Barona (9) que se ha de aprovechar la coyuntura de las circunstancias concurrentes para abordar una regeneración de la Justicia agónica, lo que requiere un replanteamiento del modelo paradigmático de Justicia.

El escenario expuesto conforma el marco idóneo para poner de relieve la necesidad y conveniencia de buscar fuera de los tribunales otros métodos, como la mediación, para resolver los conflictos e impulsar su aplicación social. En este sentido, han sido muchas las corrientes que han potenciado el uso de la mediación, como el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que elaboró en abril de 2020, el documento «Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia

tras el Estado de Alarma», fundamentado en agilizar la resolución de todos aquellos asuntos que afectan a los colectivos vulnerables y que pueda incidir más negativamente en la recuperación económica por su demora y dotar a jueces y magistrados de medios materiales y humanos.

Amén de las referidas medidas de urgencia, resultan urgentes las que garanticen la puesta al día de las actuaciones procesales atrasadas, así como, las que garanticen una mayor celeridad de los nuevos procedimientos que están colapsando nuestros juzgados y tribunales.

Conscientes de dicha realidad, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de los jueces, aprobó en junio de 2020 una serie de medidas denominadas Plan de Choque para la reactivación tras el estado de alarma declarado por el Covid-19, en el que se incluyen medidas organizativas y gubernativas que recogen los principios y criterios generales que deberían inspirar las reformas legales a acometer.

Concretamente en referencia a la mediación, se indica que las reformas han de favorecer la mayor implicación posible de los operadores jurídicos e intervinientes en los procesos que colaboren con los jueces en el fomento de la mediación, debiendo perseguirse la introducción de mecanismos que, mediante el fomento del acuerdo y sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva, permitan incrementar los niveles de participación y satisfacción del ciudadano en sus relaciones con la Justicia.

Efectivamente, la realidad planteada con la pandemia requiere la adopción de medidas urgentes que fomenten los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos como la mediación, que faciliten el acceso del ciudadano a una Justicia eficiente. Si bien, el impulso de la mediación no debe preverse como una medida paliativa temporal para hacer frente a la situación existente, sino que, debe entenderse como una medida de futuro.

Como vía de implantación de la mediación consideramos necesario hacer referencia al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación aprobado el 11 de enero de 2019. Con esta norma se pretendía la implantación definitiva de la mediación como figura complementaria de la Administración de Justicia para la resolución extrajudicial de conflictos en los ámbitos civil y mercantil de una forma más ágil y con un menor coste económico y personal para las partes. El impulso de la mediación busca también descongestionar la carga de trabajo de los juzgados y acortar así los tiempos de respuesta de la Justicia.

Con la nueva regulación se modificaba el carácter totalmente voluntario de la mediación acudiendo a la considerada «obligatoriedad mitigada», estableciendo en determinados procedimientos la obligatoriedad de acudir con carácter previo a la mediación en los seis meses previos a la interposición de la demanda.

Sobre esta cuestión consideramos que la obligatoriedad de concurrir a la sesión informativa no conculcará el carácter voluntario de la mediación, puesto que, las partes únicamente tendrán que recibir la oportuna información del mediador, en la que le expondrá las características del procedimiento e intentará explorar sus posiciones e intereses a fin de delimitar el conflicto. Al no

requerirse en esta sesión abogado, ni procurador, únicamente tendrán que sufragar las partes el coste del mediador, no convirtiéndose en traba inicial económica de acceso a la justicia, que será gratuita en los mismos casos que la justicia ordinaria.

En este sentido, Magro Servet (10) pone de manifiesto que nos encontramos en el momento de recurrir de forma perceptiva y obligatoria a la mediación extrajudicial en el orden civil. Pero, además, de como medida para evitar el colapso judicial en el orden jurisdiccional, como forma oportuna y no oportunista, de demostrar la eficacia de la mediación civil como solución alternativa a la judicial en la resolución de conflictos.

La voluntariedad de la mediación no se considera conculcada por el hecho de acudir a la sesión informativa como fase previa al proceso, en cuanto, dicha asistencia brinda a las partes la oportunidad de conocer este método, al no ser suficiente su simple estímulo (11).

En esta situación excepcional que nos encontramos surge la oportunidad de recurrir a la mediación como solución extrajudicial previa a la vía judicial, dando con ello un paso adelante hacia el nuevo modelo que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

IV. REFLEXIONES FINALES

Todo lo expuesto con anterioridad nos permite plantearnos la existencia de bases para la incorporación efectiva de la mediación como medio de resolución de conflictos derivados de contratos de arrendamiento urbanos.

En la situación de excepcionalidad e incertidumbre en la que nos encontramos, los conflictos de carácter arrendaticio están aumentando vertiginosamente y la justicia ordinaria no está adaptada a las necesidades de minimizar sus efectos y dar una respuesta efectiva, adaptada a las circunstancias concurrentes. En este contexto, la mediación se presenta como una magnífica alternativa, la más ágil, accesible para dirimir conflictos arrendaticios.

En este sentido, el impulso de la mediación no debe considerarse como una medida concreta para hacer frente a la crisis económica y judicial puesta en evidencia a raíz de la pandemia, sino que, debe tratarse como una apuesta de futuro. Para ello, considero de vital importancia la instauración de la mediación como paso previo y necesario a la vía judicial en este tipo de conflictos. Adicionalmente, para convertir a la mediación en un método efectivo, se ha de concienciar y formar a todos los profesionales jurídicos a fin de se tome conciencia de las bondades de este método y los mediadores deben contar con una formalización especializada en la materia en conflicto.

A modo de conclusión, considero que resulta necesario fortalecer la legislación en materia de mediación, en cuanto, el soporte legislativo será necesario en España para impulsar la mediación y configurarla en el ámbito arrendaticio como una alternativa efectiva a la vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., «El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», en BARONA VILAR, S. (ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BARONA VILAR, S., «Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a alguna de las reformas que se avizoran», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, irant Lo Blanch, 2013.

BERTOLA, I., «La cláusula *rebus sic stantibus* y la propuesta fallida de regulación en el Código Civil», *El blog jurídico de Sepin*, 2020 disponible en [<https://blog.sepin.es/2020/07/clausula-rebus-sic-stantibus-regulacion-codigo-civil/>].

GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, vol. 50, 2013.

MAGRO SERVET, V., «La aplicación de la mediación en los conflictos de arrendamientos urbanos», *Práctica de Tribunales, La Ley*, n.º 137, marzo-abril, 2019.

MAGRO SERVET, V., «La Ley de mediación obligatoria para resolver conflictos civiles ante la crisis originada por el coronavirus», *Diario la Ley*, n.º 9614, 2020.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid (España), Consejo General del Poder Judicial, 2010.

PRATS ALBENTOSA, L., «Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Diario La Ley*, n.º 7625, 2011.

SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español», *Revista eletrônica de Direito Processual*, Brasil, vol. III, enero-junio 2009.

.....

(1)

I. Bertola, «La cláusula *rebus sic stantibus* y la propuesta fallida de regulación en el Código Civil», *El blog jurídico de Sepin*, 2020, disponible en [<https://blog.sepin.es/2020/07/clausula-rebus-sic-stantibus-regulacion-codigo-civil/>].

Ver Texto

(2) Sobre el ámbito de aplicación *vid.* el art. 2 de la Ley de mediación, que establece: «1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable

cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral».

[Ver Texto](#)

- (3) S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 107-112.

[Ver Texto](#)

- (4) L. García Villaluenga y E. Vázquez de Castro, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, vol. 50, 2013, p. 95.

[Ver Texto](#)

- (5) H. Soletto Muñoz, «La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español», *Revista eletrônica de Direito Processual*, Brasil, vol. III, enero-junio 2009, pp. 66-88. Compartimos con Soletto que «es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo, es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad. Dicho esto, intentando establecer unos límites difusos, y desde un punto de vista jurídico podríamos decir que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo».

[Ver Texto](#)

- (6) F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 50 -51.

[Ver Texto](#)

- (7) *Íbid.*, p. 61.

[Ver Texto](#)

- (8) V. Magro Servet, «La aplicación de la mediación en los conflictos de arrendamientos urbanos», *Práctica de Tribunales, La Ley*, n.º 137, marzo-abril, 2019.

[Ver Texto](#)

- (9) S. Barona Vilar, «Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a alguna de las reformas que se avizoran», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, pp. 776-787.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁾ V. Magro Servet, «La Ley de mediación obligatoria para resolver conflictos civiles ante la crisis originada por el coronavirus», *Diario la Ley*, n.º 9614, 2020, pp. 1-12.

[Ver Texto](#)

⁽¹¹⁾ C. Azcárraga Monzonís, «El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», en S. Barona Vilar (ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 103-117.

[Ver Texto](#)



Renovar o morir: sobre la necesidad de reconfigurar la mediación intercultural en nuestro ordenamiento jurídico» (1)

Renovate or die: on the need to reconfigure intercultural mediation in our legal order

Convencido de que la actual conformación de la mediación intercultural, identificada como particular y específica, no impulsa sus potencialidades, el autor la reconfigura como «mediación de mediaciones». Obtiene así un régimen jurídico caracterizado por la seguridad jurídica que extiende sus fortalezas a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico español.

Mediación, interculturalidad, conflicto civil, penal, administrativo y laboral

Convinced that current conformation of intercultural mediation, identified as particular and specific, does not boost its potential, the author reconfigures it as «mediation of mediations». In this way, he obtains a legal regime characterized by legal certainty that extends its strengths to all areas of spanish legal system.

Mediation, interculturality, dispute civil, criminal, administrative and labour



Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

I. CONSTATACIÓN DE LA REALIDAD DE LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SOBRE LA NECESIDAD DE RECONFIGURARLA. PAUTAS DE

ACTUACIÓN

Se ha configurado la mediación intercultural, en España, como «una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados» (2). De esta suerte, se ha vinculado especialmente con el choque de culturas —siendo, prioritariamente, una de ellas la española, autóctona y una segunda, foránea (3) — entre colectivos de personas, utilizando la mediación y sus elementos (la comunicación y comprensión de las partes), para garantizar su convivencia. Y, aunque, se ha especificado que esta mediación intercultural actúa en distintos ámbitos de la vida social, como «son el familiar, laboral, *socio—jurídico* (4), *socio—educativo*, sanitario, comunitario, etc.» (5), no se ha puesto el foco en el conflicto jurídico individual, entre dos personas (una española y otra inmigrante de cultura distinta) o una persona inmigrante y una institución española. Seguramente, la justificación de ello es la intención de no presentar a la inmigración como fuente de conflictos (6). Se ha identificado, al respecto, la mediación intercultural con la resolución de un problema social, administrativo o de convivencia general. Es, por ello, que nosotros proclamamos la necesidad de una nueva reformulación de la mediación intercultural, desde la perspectiva jurisdiccional, configurándola como mediación de mediaciones, aplicable a cualquier ámbito del Derecho (civil, penal, administrativo o laboral), siempre que entre los protagonistas de la controversia aparezca una persona de otra cultura diferente a la patria (7). Desarrollamos esta tesis en las siguientes líneas, mostrando sus debilidades y fortalezas. Antes, no obstante, y sin negar la importancia de los conflictos culturales colectivos y del rol fundamental de la mediación para su resolución —esto es, lo que, hasta la actualidad, se ha configurado, por la doctrina, como mediación intercultural—, vamos a analizar esta modalidad, pues sus elementos y experiencia deben marcar cualquier nueva configuración del mecanismo. Nos interesa, en primer lugar, la conformación de la misma que se ha hecho —como veremos, a partir de su práctica— y la ordenación existente. Será la base para reconfigurar la mediación intercultural.

II. SOBRE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL

1. Sobre su conformación desde la práctica

Característica de los mecanismos extrajurisdiccionales, incluso, bondad de los mismos, en cuanto estos se adaptan a las necesidades del caso concreto (8), España carece de un tratamiento jurídico homogéneo de la mediación intercultural, con los consiguientes problemas de falta de profesionalización, acreditación y reconocimiento de los mediadores correspondientes (9). Tradicionalmente, se ha vinculado con la llegada de la inmigración a nuestro país, siendo las propias minorías étnicas las que, con patrocinio público o privado, la han fomentado, para facilitar su integración. Es más, cuestión descuidada, en general, por la doctrina jurídica, y especialmente, por la jurisdiccionalista (10), la práctica ha precedido a su teorización y debate científico (11). Seguramente, la falta de soporte jurídico suficiente del mecanismo, en general, y de sus distintos elementos, en particular (tercero mediador, tramitación, resultado, vinculación con la jurisdicción...),

es la causante principal de ello.

En este escenario, típico para la creación y normalización de los mecanismos extrajudiciales (12), se han dado experiencias de mediación intercultural, casi siempre de la mano de Administraciones autonómicas y locales (13) o iniciativas privadas, organizadas, principalmente, en torno a ONGs, dedicadas a la protección de los inmigrantes (14).

Esta mediación intercultural se ha caracterizado por una actuación previa al conflicto —también en cumplimiento de una de las finalidades y objetivos típicos de los mecanismos extrajudiciales (15)— especialmente, en el ámbito sanitario y educativo, actuando el tercero mediador en éstos, intentado romper las barreras lingüísticas y culturales, alimentando la comunicación, para garantizar la convivencia y evitar conflictos (16). Deviene este mecanismo extrajudicial, en este sentido, un instrumento de integración social, dirigido a obtener no solo la convivencia pacífica de personas de culturas distintas en un mismo espacio físico, sino su interacción positiva (17). Para ello, se ha configurado una mediación que persigue: (i) el reconocimiento del otro y el acercamiento de las partes; (ii) la comunicación y la comprensión mutua; (iii) la gestión y regulación de los conflictos (iv) el trabajar desde una actitud de conciliación, y (v) la adecuación institucional (18). Muestran estos objetivos, contundentemente, a nuestro juicio, el fin público y colectivo con el que se viene vinculando la mediación intercultural (19). Es más, en este sentido, se ha calificado como instrumento para garantizar o mejorar la Democracia (20).

En esta configuración el mediador intercultural es «elemento clave y necesario» del mecanismo extrajudicial (21). Se le exige el conocimiento del idioma del país de acogida y del país de origen de los inmigrantes; la facilidad y capacidad de moverse entre dos culturas diferentes, con capacidad de articularse entre dos códigos culturales; haber experimentado el proceso migratorio y una competencia profesional suficiente (22). En este último sentido, se hace mucho hincapié en la importancia de su formación adecuada (23). Del mismo modo, igual que en el resto de mediaciones, se le exige imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (24).

Es necesaria una nueva reformulación de la mediación intercultural aplicable a cualquier ámbito del Derecho (civil, penal, administrativo o laboral), siempre que entre los protagonistas de la controversia aparezca una persona de otra cultura diferente a la patria

Conforme a la configuración tradicional de la mediación intercultural, se identifica al mediador cultural como «gestor de los conflictos interculturales» (25). En su implementación, entre otros: (i) garantiza que las personas autóctonas y foráneas interactúan de forma positiva; (ii) desvela y traduce rasgos culturales, lenguaje, tradiciones, memoria, religión,...; (iii) entrena para el consenso, buscando lo común y lo diverso desde lo que puede construir; (iv) previene, prevé y resuelve conflictos causados por la diferencia cultural (26); (v) vela para que se resuelvan las necesidades de

bienestar y se respete la igualdad básica de los derechos; (vi) garantiza que todos los procesos interactivos entre personas autóctonas y foráneas tengan consecuencias inclusivas; (vii) sensibiliza a la población, en general, sobre el enriquecimiento que supone la diversidad cultural; (viii) crea redes de interacción dinámica; (ix) fomenta el empoderamiento de las personas excluidas; (x) permite que las personas se encuentren, para contar; (xi) reformula los proyectos de vida que las personas diseñaron al venir a otros país, ayudándoles a adecuarlo a la realidad, y (xii) activa estrategias de convivencia y encuentro (27).

Por lo demás, y en relación al procedimiento, se destaca su voluntariedad, tanto para su utilización, como para su resultado (28); su flexibilidad, adaptándose a las circunstancias concretas, y confidencialidad. Se destaca, al tiempo, conforme a la naturaleza autocompositiva del mecanismo, su metodología: se basa en la comunicación y diálogo de las partes, animado por el mediador, quien ejerce las funciones apuntadas, conforme a uno de los métodos de negociación clásicos (método de negociación asistida (Harvard), método transformativo y/o método circular narrativo) (29).

En total coherencia, el resultado de la mediación intercultural es, en su caso —de obtenerse—, el acuerdo, de forma que ambas partes ganan (*win—win*) en la resolución del conflicto que protagonizan (30). Sin embargo, llama la atención que los estudios previos sobre mediación intercultural —realizados conforme a su configuración clásica— no profundizan en el significado concreto del acuerdo de mediación, que —lógicamente— no puede ser el mismo en un conflicto civil, laboral, penal o administrativo, sin perjuicio de compartir la esencia de la transacción. Es un elemento que tendremos que abarcar cuando reconfiguremos la mediación intercultural. Tampoco hacen hincapié en la relación del mecanismo, en general, y del acuerdo, en particular, con la jurisdicción (plazos para acudir a ésta, impugnación del acuerdo de mediación, su ejecución,...), que es el que lo dota de seguridad jurídica. Deberemos, por ende, estar atentos, también, a este elemento.

2. Sobre su escasa regulación

Como apuntábamos al inicio del epígrafe, el desarrollo de la mediación intercultural, en nuestro país, se ha producido más por la vía del hecho que del Derecho, siendo muy escasa su regulación (31). Podemos citar, al respecto, dos leyes autonómicas. Así, por un lado, la ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana, ordena 3 elementos: (i) su configuración, atendiendo a su objetivo y medios para obtenerlo («la mediación intercultural tiene como objeto, a través del diálogo y la comprensión mutua, facilitar la convivencia entre las personas o grupos pertenecientes a una o diversas culturas» (art. 13.1º); (ii) la necesidad de su promoción por la Administración Pública («la Administración autonómica promoverá instrumentos de mediación intercultural como mecanismo de integración» (art. 13.2º) y (iii) la figura del mediador intercultural («la Administración autonómica favorecerá la formación especializada de mediadores interculturales, como instrumento de integración. Éstos deberán actuar en todo momento desde la imparcialidad, el diálogo y el acercamiento de posturas» (art. 13.3º) (32). Muestra, claramente, esta regulación el fin colectivo y público de la mediación intercultural, involucrando en su configuración y desarrollo a la Administración pública, en cuanto instrumento de integración.

Prevé, igualmente, la mediación intercultural la Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León. En este caso, rehusando a su configuración, se vinculan sus objetivos con la actividad de fomento de los Poderes Públicos («Los poderes públicos de Castilla y León fomentarán la actividad de enlaces o mediadores interculturales entre ellos y los inmigrantes, así como entre los grupos de inmigrantes y cualquier otro colectivo, y velarán por un mejor conocimiento y entendimiento entre ellos») (art. 30.1º). Se exige, al tiempo, a los poderes públicos que promuevan la formación especializada de los mediadores interculturales «con el fin de que actúen en favor de la integración de las personas inmigrantes en la Comunidad» (art. 30.2º). Abonando nuestra tesis de la configuración de la mediación intercultural, como instrumento público y colectivo, esta ley exige, igualmente, al efecto, la implicación de los Poderes Públicos.

Sobra añadir que, sin perjuicio de que las mentadas dos CCAAs cuenten con soporte normativo que introduce la mediación intercultural en su territorio, el resto, también, fomenta y utiliza este mecanismo, en el marco de sus políticas de integración de los inmigrantes (33).

III. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTERCULTURAL COMO MEDIACIÓN DE MEDIACIONES: INSTRUMENTO EXTRAJUDICIAL APTO PARA SOLVENTAR TODOS LOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN LOS QUE HAY UN ELEMENTO DE INTERCULTURALIDAD

1. Previos

El presupuesto material de cualquier técnica de resolución de conflictos, y también de la mediación, es el conflicto jurídico. Entendemos, el conflicto jurídico, atendiendo a su etimología, sin perjuicio de la rama del Derecho a la que afecte, como una situación de divergencia o disidencia entre dos o más ciudadanos/as y sus diferentes intereses subjetivos (34). Además, atendiendo a la naturaleza de estos intereses y al Derecho material que los regula o afecta, podemos distinguir, en primer lugar, entre conflictos privados y públicos, y más específicamente, en paralelo a la organización judicial — principal mecanismo (estatal) de resolución de conflictos—, entre conflictos civiles, penales, administrativos y laborales.

Antes de incidir en la mediación en cuanto mecanismo para la resolución de cualquier conflicto, y cuando en este aparece un elemento intercultural, en concreto, queremos apuntar que el conflicto jurídico es normal, se ha dado en mayor o menor medida en todas las sociedades y, por ello, lejos concebirlo como acontecimiento patológico o negativo (35), en su justa medida, se ha de entender positivo, en cuanto equilibra los intereses sociales (36) y actúa como motor de cambio (37). Del mismo modo, tenemos que recurrir al Derecho, en cuanto conjunto de normas que rigen el comportamiento de las personas en sociedad, para justificar la necesidad de solventar los conflictos. Corresponde, como es sabido, al Derecho institucionalizar e integrar los conflictos sociales, en general, y los jurídicos, en particular, dotando de seguridad a las relaciones sociales, al tiempo que asegura su conservación y evita su aniquilación (38). A ello cabe añadir que el propio conflicto jurídico, como estado o situación de una relación jurídica, busca su propia solución, resultando sus elementos «las semillas de su resolución» (39). En este último sentido, en relación a la mediación intercultural que queremos reconfigurar, tendremos que tener en cuenta no sólo la rama del Derecho

afectada (civil, penal, administrativo o laboral), sino la interculturalidad y las circunstancias que le acompañan. Es este enfoque en todos los elementos —en su caso, especialmente, en la interculturalidad— lo que hace de la mediación un instrumento apto para la resolución de los conflictos cuando uno de sus protagonistas es una persona extranjera. Con todo, constatado que el conflicto jurídico ha existido y existirá siempre, entendiendo una necedad pretender su desaparición, lo que se ha de buscar son vías o instrumentos adecuados para su gestión (40). Aplicamos esta teoría general a conflictos en los que, en la sociedad globalizada actual, aparecen elementos de interculturalidad, sin problema alguno.

Son los inconvenientes de la vía jurisdiccional (41) y la existencia de elementos de interculturalidad que aparecen en las relaciones jurídicas actuales —a partir, normalmente de la existencia de relaciones laborales, que vinculan a trabajadores extranjeros con empresas españolas— (42), los que nos empujan a defender su resolución mediante el mecanismo extrajudicial de la mediación.

2. La mediación como instrumento extrajudicial de resolución de conflictos y sus cuatro especies

Entendemos por mediación, con criterio iuspositivista, conforme la define la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), como un medio de solución de conflictos, en el que dos o más partes intentan, voluntariamente, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un (órgano) mediador (art. 1 LMACM) (43). Aunque la flexibilidad que caracteriza a los mecanismos extrajudiciales también aparece en la mediación («cualquiera que sea su denominación» dice el mentado art. 1 LMACM) (44), sus elementos esenciales son tres: (i) su fundamento contractual —se basa en la libertad de las partes, quienes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, optan por acudir a esta técnica y no a la jurisdicción para resolver su conflicto— y (ii) la participación de un (órgano) mediador, que actúa *intra partes* o *infra partes* para intentar obtener (iii) (su objetivo) la resolución del conflicto jurídico, mediante un acuerdo que puede alcanzar efectos públicos (arts. 23 a 17 LMACM).

En cuanto a su base contractual tenemos que destacar que la libertad (valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE)), informa todo el mecanismo y su tramitación: nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni a concluir un acuerdo (art. 6 LMACM). Consecuentemente, en su tramitación —cuya configuración pueden articular las partes «a la carta», para el supuesto y conflicto concreto— aquéllas deben actuar con lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2º LMACM). En términos jurisdiccionales, podemos decir que el principio dispositivo, que informa el proceso judicial civil (45), también informa el procedimiento de mediación, tanto en su articulación, como desarrollo. En coherencia, y antes —también en aplicación de este principio—, las partes, de común acuerdo, optan por determinar el conflicto jurídico concreto que someten a mediación. Podemos aplicar esta característica o elemento de disponibilidad del mecanismo a todos los conflictos a los que se aplica este mecanismo, incluso, a los penales, como veremos.

En relación al mediador debemos matizar que nos referimos a «órgano» porque el tercero — *third neutral*, en el entorno anglosajón— puede ser unipersonal o pluripersonal (art. 18 LMACM). Puede, al tiempo, crearse para el caso concreto (*ad hoc*) o ser permanente, en el marco de lo que se denomina mediación institucional (art. 5 LMACM). En todo caso, se permite a las partes su elección, pudiendo

escoger un perfil (formación trayectoria, experiencia...) concreto, interviniendo aquél, siempre, en el ámbito de actuación que le reconocen las partes (art. 10 LMACM), con independencia e imparcialidad y guardando la confidencialidad. A diferencia del juez, e igual que el árbitro, el mediador no detenta autoridad (pública o privada) alguna, salvo la mera confianza que depositan en él, para realizar su labor, las partes del conflicto. Es este órgano mediador, a nuestro juicio, el elemento más importante de la mediación.

La mediación, en cuanto mecanismo de resolución de conflictos autocompositivo —en el que las partes resuelven por sí el conflicto, con la ayuda del mediador, mediante el diálogo y la comunicación, obteniendo, en su caso, un acuerdo—, es uno y único, si bien se adapta a los conflictos que se dan en las distintas ramas del Derecho, respondiendo a sus particularidades. Identificamos así la mediación civil, penal, administrativa y laboral, cuyos elementos más importantes destacaremos, a continuación. Antes, no obstante, queremos reivindicar la posible especialización de estas modalidades cuando aparece un elemento de interculturalidad, focalizado en que alguna de las partes no es española, ni conoce nuestra cultura, por lo que aparece o puede aparecer especialmente débil o indefenso. Surgen así la mediación civil intercultural, la mediación penal intercultural, la mediación penal administrativa intercultural y la mediación laboral intercultural. Luego, postulamos, sin ambages, que la configuración tradicional de la mediación intercultural, articulada como subgénero de la mediación, debe configurarse, en adelante, como subgénero de las distintas modalidades de aquélla, pues sólo así se puede dotar de un régimen jurídico más o menos adecuado y obtener la protección necesaria de la jurisdicción, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado. Nos fijamos a continuación, brevemente, en la aplicación de las distintas modalidades de mediación a conflictos en lo que aparece un elemento de interculturalidad.

IV. LA MEDIACIÓN CIVIL INTERCULTURAL

Cualquier conflicto civil o mercantil sobre materia disponible puede ser sometido a mediación. Luego, son únicamente los relativos al orden público o cuestiones reguladas por normas imperativas (nacionalidad, estado civil, capacidad, filiación,...) los que no pueden sujetarse a este mecanismo, debiendo indefectiblemente solventarse, en su caso, ante la jurisdicción.

El fundamento de este mecanismo (la libertad en la elección y en su configuración e implementación) avala el diálogo y la comunicación, tan necesarios cuando el conflicto jurídico civil concreto se da en un contexto de interculturalidad

En este ámbito, como hemos apuntado, en nuestro ordenamiento jurídico, contamos con una ley general (la mentada LMACM) que regula la mediación *ad hoc* y la mediación institucional (46) . Fija, al tiempo, los mínimos necesarios para dotar de seguridad jurídica a la institución: los principios informadores de la mediación (47) ; el estatuto del mediador (48) y los elementos básicos del

procedimiento de mediación (49) . Se ordena, asimismo, la posibilidad de elevar a escritura pública el acuerdo obtenido, convirtiéndolo en título ejecutivo (arts. 25 y 27 LMACM). Muestra de que la mediación es un instrumento del Derecho jurisdiccional diversificado, es decir, un mecanismo para hacer justicia (50) , la LAMCM la prevé la relación entre la mediación y la jurisdicción, correspondiendo al Poder Judicial dotar de garantías a aquélla. Al efecto, regula los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad (art. 4 LAMCM); la preferencia del pacto por escrito para acudir a la mediación sobre la jurisdicción (art. 6.2º LMAMC); la protección de la confidencialidad de la mediación en un proceso judicial (art. 9.2º LMAMC); la imposibilidad de acudir a un proceso judicial mientras dure el procedimiento de mediación, salvo en solicitud de medidas cautelares o urgentes, impidiendo el compromiso de sometimiento a mediación y el inicio de ésta, a los tribunales, conocer de su objeto, pudiendo el demandado en pleito interponer la consiguiente declinatoria (art. 10.2º LMAMC); la facultad de recurrir el acuerdo de mediación ante los tribunales de justicia mediante la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4º LMAMC); la oportunidad de solicitar la homologación de un acuerdo ante los tribunales, cuando éste se ha alcanzado, en mediación, después de iniciado un proceso judicial (arts. 25.4º y 26 LMAMC) y la facultad de acudir, bien en este último caso, como cuando el acuerdo se ha elevado a escritura pública ante notario, al juzgado correspondiente a fin de ejecutarlo (art. 26 LMAMC) (51) .

No advertimos ningún problema para aplicar esta regulación genérica de la mediación civil y mercantil cuando exista un elemento de interculturalidad, pues su flexibilidad es adecuada, también, para las necesidades de este supuesto. Entendemos que el fundamento de este mecanismo (la libertad en la elección y en su configuración e implementación) avala el diálogo y la comunicación, tan necesarios cuando el conflicto jurídico civil concreto se da en un contexto de interculturalidad (52) . Es clave, al respecto, el órgano mediador, que debe estar compuesto por una persona o más que concite/n la confianza de ambas partes en conflicto, para lo que —a priori, según pacten aquéllas— deberá conocer el idioma y las culturas de ambos y alimentar la comunicación para intentar que, mediante cesiones recíprocas, lleguen a un acuerdo. La asistencia de las tres tutelas judiciales (declarativa, ejecutiva y cautelar), en auxilio y control de la mediación, conforme a la ordenación de la LMAMC, dotan de seguridad jurídica a este mecanismo.

Junto a esta mediación civil y mercantil general, en el ámbito del Derecho privado se ordenan, en nuestro ordenamiento jurídico, otras específicas. Así, haciendo a un lado las del ámbito mercantil —entendiendo que la interculturalidad entra en juego, en nuestro ordenamiento jurídico, por relaciones laborales por cuenta ajena— (53) podemos citar, la mediación familiar, la mediación de consumo o la mediación hipotecaria. Todas ellas pueden ser, igualmente, instrumento para la resolución de los conflictos que surjan en el ámbito concreto, existiendo un elemento de interculturalidad. Así, por ejemplo, para los problemas familiares, en general, o relativos al matrimonio entre un/a español/a y otra persona de otra cultura, en particular (54) ; o cuando el inmigrante tiene algún problema por el consumo de un bien o servicio, en general (55) , o, en el pago de su hipoteca, en particular (56) . En todos ellos, entendemos que la adaptabilidad del mecanismo extrajurisdiccional a las circunstancias del inmigrante y su metodología (la libertad, el diálogo y el consenso) pueden contribuir a la mejor protección de sus intereses. En todos ellos, además, contamos con un mínimo soporte normativo y el sostén del auxilio y control de los Tribunales de

justicia.

V. LA MEDIACIÓN PENAL INTERCULTURAL

Es posible que el inmigrante perteneciente a una cultura diferente a la española se vea envuelto en un delito, bien como autor, bien como víctima. Ante la aplicación monopolística del *ius puniendi*, por parte de los jueces y juezas, y sus inconvenientes (57), aparece la posibilidad de la mediación penal. Trayendo el concepto general de la mediación, al ámbito penal, con una configuración propia, definimos ésta como el mecanismo en el que las partes del conflicto penal (el delito), infractor y víctima, protagonizan la resolución de aquél con la ayuda de un tercero imparcial, antes, durante o después del proceso penal; apoyándose, al efecto, en el diálogo y entendimiento recíproco, dando voz a la víctima y responsabilizando al delincuente, al tiempo que se ofrece a este último la oportunidad de reparar el daño causado a aquélla, contribuyendo así a la mejora del sistema jurisdiccional o entramado judicial penal (58).

Entendemos que este mecanismo es especialmente adecuado cuando un inmigrante de otra cultura se ve envuelto en el delito, bien como autor, bien como víctima, en cuanto es expresión o especie de la justicia restaurativa o restauradora, que es un paradigma de justicia consensual y negociadora, que huye de la idea de justicia meramente retributiva (59). Luego, este paradigma sirve para crear puentes entre culturas, huyendo de la estigmatización de determinados colectivos o personas de orígenes concretos.

Del mismo modo, estrechamente vinculado, y ahondando en su metodología, la mediación penal, en cuanto especie de su género, se basa en la libertad de las partes y en el diálogo y entendimiento recíproco como método para componer pacíficamente su controversia (60). Estamos convencidos de que, en un caso de interculturalidad, cuando el inmigrante es el victimario, este método puede ayudarle a comprender mejor la ilicitud de su hecho típico desviado, el daño producido o sufrido y sus consecuencias jurídicas y sociales en un país distinto al suyo de origen. Cuando el inmigrante de otra cultura diferente a la española es la víctima (61), por otra parte, la mediación le puede ayudar a entender mejor lo que le ha pasado y a sentirse protegido y amparado en un Estado y por un ordenamiento jurídico que no es el suyo propio. En ambos casos, la mediación penal es un instrumento de integración, haciendo de verdadero puente entre la cultura y justicia española y la cultura de origen del inmigrante. Es así, porque, si en el proceso (jurisdiccional) penal las partes son despojadas de su conflicto, quedando la gestión y arreglo de éste en manos exclusivas de los jueces y juezas —situación en la que el inmigrante, sea victimario o víctima, se puede sentir imbuido por la justicia y cultura española— la mediación penal convierte a la víctima y al victimario, en protagonistas de su solución (62). Es una técnica que da voz a la víctima, sacándola del letargo al que le ha sometido el modelo de justicia meramente retributivo (63), y que, al mismo tiempo, responsabiliza al delincuente, ofreciéndole la oportunidad de reparar el daño causado a la primera (64). Esencial resulta, asimismo, la intervención del (órgano) mediador, que actuando *intra partes*, de forma imparcial y confidencial, da nombre al mecanismo, ayudando a aquéllas a obtener un acuerdo (65). También en el caso de los delitos y su tratamiento es esencial que ambas partes acuerden la persona o personas que integran el *third neutral*, pudiendo resultar fundamental, si así lo

consideran, elegir a una/s persona/s que conozca ambas culturas e idiomas.

Una vez más, y a favor de la mediación penal, debemos hablar de las garantías con las que dota la jurisdicción a aquélla. Es más, aunque la mediación es una técnica extrajudicial, por su actuación en el ámbito de aplicación del *ius puniendi* del Estado, no se puede entender, de ninguna manera, fuera del marco de la jurisdicción y su función. Debemos traer a colación, en este sentido, el concepto de Derecho jurisdiccional diversificado, que es la rama del Derecho hasta ahora se llamaba Derecho procesal y nosotros identificamos con el sistema estatal de justicia, integrado por el Poder Judicial y los mecanismos extrajudiciales, correspondiendo al primero dotar de seguridad jurídica a los segundos, al tiempo que éstos lo hacen más eficaz (66). Y, conforme a él, la mediación penal no puede pretender ni debe sustituir al proceso penal jurisdiccional; justo al contrario, se erige en un instrumento para mejorar aquél, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado (67). Se puede acudir a aquélla antes, durante o después del proceso penal, sin merma alguna del *ius puniendi* del Estado, ni de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas (68), correspondiendo a los jueces y juezas, previo acuerdo con el Ministerio Fiscal, derivar un caso a mediación, y recoger (o traducir) su resultado en el proceso penal, como sobreseimiento, conformidad o beneficio en la pena o en su ejecución. En este sentido, hablamos de la oficialidad de la mediación penal, que justifica el carácter de servicio público gratuito de la mediación penal en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado (69).

Sin perjuicio de las bondades que advertimos en la mediación penal, especialmente, en casos de interculturalidad, somos muy críticos con el marco jurídico en el que se está desarrollando en España, pues más de 20 años después de las primeras experiencias piloto en la materia, a día de hoy, este mecanismo extrajudicial se está implementando apoyada en protocolos y en disposiciones legislativas aisladas y no coordinadas (70).

VI. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA INTERCULTURAL

Nos encontramos en el ámbito de la mediación en la que más tradición tiene la mediación intercultural entendida en sentido clásico, pues, como hemos explicado, aquélla se ha utilizado para solventar conflictos colectivos en el ámbito público, buscando especialmente la integración de los inmigrantes y la creación de puentes entre culturas, generalmente, de las manos de alguna Administración pública, local o autonómica. Tampoco podemos desdeñar la labor de las ONGs, en este sentido. Nos remitimos, al respecto, al epígrafe correspondiente. Nos centramos, no obstante, en las siguientes líneas, en la lectura jurisdiccional de esta modalidad de la mediación intercultural.

Con un enfoque jurisdiccional, no obstante, antes de entrar en la aplicación de este instrumento extrajudicial de resolución a los conflictos administrativos, debemos fijarnos en estos últimos y sus particularidades. Entendemos el conflicto administrativo como aquél (choque o enfrentamiento de intereses) que surge entre dos o más Administraciones públicas o entre una de ellas y un ciudadano o grupo de éstos, resultando, en todo caso, aplicable el Derecho administrativo (71). Obviando el primer supuesto, por escaparse de nuestro estudio —centrado en conflictos en los que, al menos, una parte es una persona física de cultura diferente a la española—, en el segundo, debemos señalar que,

desde hace más de dos décadas, el Consejo de Europa anima a los Estados miembros a utilizar la mediación administrativa en los conflictos entre sus Administraciones y administrados (72) . A su favor, debemos alegar, igualmente, la exigencia de eficacia de la Administración que recoge la CE (art. 103.1º) (73) y la participación de la ciudadanía en la actuación de la Administración (art. 105) (74) . En contra, no obstante, cabe apuntar el sometimiento de la actuación de la Administración al principio de legalidad (art. 103.1º CE), la desigualdad de las partes (Administración y ciudadano particular) y el interés público que representa y protege la Administración (art. 103.1º CE), cuya suma hace que, *a priori*, los conflictos administrativos puedan parecer indisponibles y, por tanto , vetados de la mediación administrativa (75) . No obstante, el Consejo de Estado vino a aclarar la situación, permitiendo la transacción administrativa cuando exista una relación jurídica incierta, dudosa o controvertida o, al menos, tenida por tal, y se actúe con la intención de sustituir aquella por otra cierta y determinada, estableciendo para el futuro una situación segura, pudiendo, al efecto, las partes hacerse concesiones recíprocas (76) . Así, sin duda, se impulsa la comunicación entre la Administración y los administrados, alimentando el entendimiento mutuo, y haciendo sentir al ciudadano que la Administración está a su servicio, fomentando al tiempo el principio de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 41) (77) . Es más, incluso, la regulación vigente fomenta la mediación administrativa, bien como forma de finalización del procedimiento administrativo (art. 86 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) (78) , bien como forma de terminar el proceso jurisdiccional administrativo (art. 77 Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso—administrativa) (79) . En cualquier caso, fijándonos en la relación entre la jurisdicción y la mediación, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, la modalidad administrativa de la última no puede, bajo ningún concepto, sustituir el control jurisdiccional de la actividad administrativa que requiere la CE (art. 106), sino que el mecanismo extrajurisdiccional viene a complementar y mejorar la actividad judicial, al tiempo que es un cauce para ofrecer mejor servicio a la ciudadanía (80) . Además, como en las modalidades anteriores de mediación, la actuación de la Administración y del ciudadano en la mediación administrativa cuenta con el control y auxilio del Poder Judicial (81) .

En el ámbito sanitario, sin perjuicio de que la mediación se puede utilizar para solventar distintos tipos de conflictos, es un mecanismo adecuado para solventar las controversias entre pacientes de otras culturas y el servicio médico en general, o algún elemento personal del mismo

Este marco jurídico ha dado lugar a la existencia de una mediación administrativa genérica, regulada y practicada conforme a la normativa común administrativa (82) y otras específicas en torno a servicios concretos, siendo las más señeras la mediación sanitaria y la mediación escolar. En cualquier caso, en todas ellas se repiten las características básicas de la mediación, en cuanto

especie: voluntariedad en el inicio y en la configuración; posibilidad de elección del órgano mediador, pudiendo dar cabida a personas que conozcan las culturas y los idiomas implicados, y acuerdo, en su caso, con fuerza de transacción. Estas mediaciones, en muchas ocasiones, se ofrecen como servicios de la propia Administración, sufragando ésta sus gastos y, frecuentemente, los integrantes del órgano mediador suelen ser funcionarios o personal laboral al servicio de aquélla. Conviene, al tiempo, destacar que, al quedar, en general, esta mediación fuera de la regulación de la LMACM, no se reconoce carácter ejecutivo a estos acuerdos, por lo que, en caso de incumplimiento, se deberá acudir a sede judicial para que así lo decrete un juez, convirtiéndose, en su caso, esta sentencia en título ejecutivo (83). Sin perjuicio de este funcionamiento general, se pueden dar particularidades conforme al ámbito del Derecho administrativo afectado (por ejemplo, el escolar o el sanitario) (84). En cualquier caso, todas las ventajas de la mediación en cuanto mecanismo de resolución se transfieren al ámbito concreto administrativo y a la relación Administración—administrado (85). También, cuando el administrado es un inmigrante de otra cultura.

En el ámbito sanitario, sin perjuicio de que la mediación se puede utilizar para solventar distintos tipos de conflictos (86), es un mecanismo adecuado para solventar las controversias entre pacientes de otras culturas y el servicio médico en general, o algún elemento personal del mismo. Igualmente, la mediación escolar resuelve, entre otros conflictos que pueden tener lugar en la escuela o en su entorno, el de las familias con los centros escolares, o alguno de sus colectivos (profesores, otros trabajadores,...) (87).

Sin entrar en un estudio particular de ambas submodalidades de la mediación administrativa, únicamente queremos destacar que afectan a ámbitos en los que se suelen dar verdaderos choques culturales y que son servicios esenciales para los inmigrantes, por lo que la mediación administrativa se convierte en una solución que, además de todas sus ventajas (entendimiento mutuo, obtenido mediante el diálogo; acuerdos fruto del consenso; aprendizaje para el futuro,...), se convierte en verdadero instrumento de integración.

VII. MEDIACIÓN LABORAL INTERCULTURAL

Nos referimos, por último, a la aplicación de la mediación a los conflictos surgidos en el ámbito del Derecho del trabajo, recordando que, en muchas ocasiones, son las relaciones jurídico—laborales el contexto en el que aparecen controversias de todo tipo con implicación intercultural.

Configuramos el conflicto laboral como la concreta situación de disidencia sobrevenida, determinada y exteriorizada, que se produce entre un trabajador y un empresario, o un grupo de éstos y aquéllos, basada en un elemento del vínculo jurídico—laboral existente entre éstos (88). Es importante distinguir el conflicto laboral de otras categorías superiores relacionadas (conflicto de clases, conflicto social, conflicto sociolaboral o conflicto industrial) y especialmente de las medidas de presión o de conflicto colectivo (típicamente, la huelga) (89).

El conflicto laboral, atendiendo al número de personas o intereses afectados, puede ser individual o colectivo, y mirando a la pretensión u objetivo que persigue, jurídico (cuando requiere la interpretación de la norma) (90) o económico (cuando pretende modificar la norma para mejorar las

condiciones laborales) (91) .

Si bien otros mecanismos extrajudiciales —especialmente, la conciliación y el arbitraje— cuentan con mucha tradición en el ámbito laboral del ordenamiento jurídico español, la mediación es la más lozana: aparece, por primera vez, como función de la Inspección de Trabajo en la ley 39/1962 de 21 de julio (art. 3. IV d)) y en el marco del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (en adelante, IMAC), atribuyendo el Real Decreto Ley 5/1979 de 23 de noviembre, por el que se regula aquél al mismo la labor de designación de un mediador imparcial en cualquier momento de una negociación o una controversia colectiva a solicitud de empresarios y trabajadores (art. 6) (92) . No obstante, en los últimos años la mediación laboral se está reforzando, superando en cuanto método autocompositivo, a la conciliación, seguramente, por su preferencia por parte de sindicatos y asociaciones empresariales, que han optado por incluirla en los convenios colectivos de máximo nivel (acuerdos interprofesionales). También supera al arbitraje laboral, por considerarse éste, en cuanto mecanismo heterocompositivo, más agresivo o coactivo que la mediación. No en vano, el árbitro impone el laudo.

Sin duda, el ámbito laboral es en el que más normalizada esta la mediación en nuestro país, descargando de trabajo a los tribunales, al tiempo que se democratizan las relaciones laborales y se gestionan adecuadamente los conflictos (93) . Esta realidad responde a diversas razones, entre las que cabe apuntar, la necesidad recíproca y el mutuo entendimiento que exige la relación laboral (94) ; el reconocimiento de la autonomía colectiva como fuente del Derecho de Trabajo (art. 3.1º.b) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante, ET—) (95) ; la previsión de la mediación en distintos y abundantes soportes (el propio contrato de trabajo (96) , los convenios colectivos de distinto nivel y, especialmente, los de más alto nivel —llamados acuerdos interprofesionales (97) — y la ley (98)); y su obligatoriedad (junto a la conciliación, de forma alternativa) general para acceder a la jurisdicción (arts. 63 y 153 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) (en adelante, LJS).

Por lo demás, en cuanto modalidad de la mediación, su aplicación al Derecho laboral respeta los requisitos o elementos básicos de aquélla: en cuanto actividad y, en su caso, resultado, se ubica en un ámbito estrictamente privado, regido por la autonomía de la voluntad, por lo que si llega a buen puerto, estamos ante un acto de transacción, contrato en el que rige el principio dispositivo, por lo que sólo puede tener por objeto bienes e intereses disponibles (arts. 6.2º y 1814 Cc) (99) . Ello, independientemente de que en un engranaje —como veremos— adecuado con la vía jurisdiccional, resultando yerma, se puede tener por cumplido el presupuesto público procesal de mediación previa a aquélla (arts. 63 y 153 LJS).

En el mismo sentido, la libertad y el pacto de las partes rige la configuración del mecanismo, pudiendo optar entre una mediación *ad hoc*, creada por las partes para el caso concreto, o una mediación institucional, prevista —como hemos visto— en la ley o en convenios colectivos, en sus elementos básicos. En cualquier caso, en el ámbito laboral, la mediación se caracteriza por su flexibilidad y adaptabilidad al supuesto o conflicto concreto, sin perjuicio de que en este entramado se adviertan muchas y diferentes tramitaciones (100) . En todas ellas, se pueden tener en cuenta el

elemento de interculturalidad que caracteriza la relación laboral que inspira este trabajo.

Esta misma posibilidad (configuración *ad hoc* o utilización de una mediación laboral prevista en la ley o en un convenio colectivo) rige para la composición y elección del órgano mediador (*third neutral*), abriéndose un gran abanico de posibilidades (órganos unipersonales, colegiados, de distinta formación —incluso, autoridades laborales o inspectores de trabajo—, listados de mediadores (101), ...). En todo caso se les exige imparcialidad y confidencialidad. Cabe destacar que, en el ámbito laboral, se advierte con naturalidad la posibilidad de que, en su caso, el mediador presente una propuesta de solución a las partes —sin que pueda imponerla—, distinguiendo con este elemento este mecanismo de la conciliación.

No advertimos, una vez más, problema alguno para que esta mediación se adapte al caso en el que el trabajador es de otra cultura distinta a la española. Incluso, *lege ferenda*, sería importante que los distintos instrumentos jurídicos en los que se recoge aquélla (especialmente, los acuerdos interprofesionales) hagan referencia a la situación, en cuanto elemento democratizador e integrador.

Por último, y a pesar de que la vía jurisdiccional laboral se caracteriza por su sencillez y rapidez, si bien la mediación laboral se configura como mecanismo alternativo a aquélla, su engranaje con el Poder Judicial, en el marco del Derecho jurisdiccional laboral, le dota de garantías y seguridad jurídica. Es fundamental, al respecto, la ordenación del título V, capítulo I (arts. 63—68) de la LJS que prevé el vínculo de la mediación laboral con la jurisdicción (la mediación como requisito previo para acceder a la jurisdicción; la suspensión de los plazos de caducidad e interrupción de los de prescripción que conlleva la solicitud de mediación; la impugnación del acuerdo de mediación y su ejecutividad). Se ordena así, con mayor o menor fortuna, las funciones de auxilio y control del Poder Judicial respecto a la mediación laboral (102).

BIBLIOGRAFÍA

ABALLOUCHE, S., «La medición intercultural», *Anuario de Psicología*, n.º 4, 2002.

ANDRÉS CABELLO, S., «Convivencia intercultural y mediación en la escuela como herramienta de prevención de conflictos», en AAVV, *La convivencia escolar un acercamiento multidisciplinar a las nuevas necesidades*, Madrid, 2020.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La mediación sanitaria en la legislación de las comunidades autónomas», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 5, 2016.

ANDRÉS ESCARBAJAL FRUTOS, A., *Interculturalidad, mediación y trabajo colaborativo*, Madrid, Narcea, 2010.

ARASTHEY SAHÚN, M.L., «Mediación: un cambio de paradigma necesario para a mellora da relación laboral dende a óptica individual», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 11, 2020.

- AAVV (Coor. ELORRIAGA PISARIK, G.), *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BARALLAT LÓPEZ, J.: «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BARONA VILAR, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, n.º 26, 2009.
- BARONA VILAR, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 94, 2012.
- BELANDO GARÍN, B., «La mediación administrativa: una realidad jurídica», en AAVV (Coor. LÓPEZ RAMON, F.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- BELANDO GARÍN, B., «Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos», en AAVV (Coor. MONTEIRO FONSECA, I.C.), *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, Coimbra, Livraria Almedina, 2019
- BELTRÁN MONTOLIU, A., «La mediación en la jurisdicción contencioso—administrativa: un ámbito de oportunidades», en AAVV (Coor. BARONA VILAR, S.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2016.
- BELLOSO MARTÍN, N., «Inmigrantes y mediación intercultural», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 7, 2003.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.
- BRUFAU PRATS, J., *Teoría fundamental del derecho*, 4.ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, Dikynson, 2016.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Proceso civil y principio dispositivo», en AAVV (Dra. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coor. NOYA FERREIRO, M.L., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- CHAMORRO OTER, M., «La mediación intrajudicial en el proceso contencioso—administrativo», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º (año) 2019.

- COELLO PULIDO, A., «La duración "más breve posible" de la mediación civil y mercantil», en AAVV (Dr. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coord. ALONSO SALGADO, C.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018.
- COROMINAS I VIGNEAUX, J., *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. III, Madrid, Credos, 1972.
- CRUZ VILLALÓN, J., «Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.J., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2006.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., «La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 140, 2017.
- DOMÍNGUEZ CANO, A., «La mediación en los procesos de desahucios. Mediación hipotecaria», *Mediatio: mediación*, n.º 7, 2015.
- DUPUIS, J.C., *Mediación y conciliación*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo—Perret, 2002.
- ESPLUGUES BARONA, C., «Mediación en Derecho administrativo», *Revista Jurídica Digital UANDES*, n.º 2, 2018.
- FERNÁNDEZ—COSTALES MUÑIZ, J., «Novedades del III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León: la inclusión de la resolución de conflictos individuales de trabajo», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 50, 2020.
- FIGUEROA DENCHE, R., «La mediación hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 177, 2017.
- FLOYER ACLAND, A., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1997.
- FRAGA IRIBARNE, M., *Guerra y conflicto social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- GARCÍA CASTAÑO, F.J., BARRAGÁN RUÍZ—MATAS, C., «Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, n.º 4, 2004.
- GARCÍA CASTAÑO, F.J., GRANADOS MARTÍNEZ, A., MARTÍNEZ CHICÓN, R., «Comprender y construir la mediación intercultural», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, n.º 1, 2006.
- GARCÍA DE LA ROSA, C., «La mediación en la jurisdicción contencioso—administrativa: dificultades para su implantación eficaz», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018.

GARCÍA VICARIO, M.C., «La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso—Administrativa», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.

GUERRERO ROMERA, C., «El mediador intercultural en el ámbito sociosanitario», *Revista de Educación Social*, n.º 14, 2012.

GIMÉNEZ ROMERO, C., «La naturaleza de la mediación intercultural», *Migraciones*, n.º 2, 1997.

GIMÉNEZ ROMERO, C., «Modelos de mediación y su aplicación en Mediación Intercultural», *Revista Migraciones*, n.º 2, 2001.

GIMÉNEZ ROMERO, C., *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, conflicto y comunidad*, Madrid, Reus, 2019.

GIMENO SENDRA, J.V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en AAVV (Dres CALAZA LÓPEZ, M.S., MUINELO COBO, J.C., ASECIO MELLADO, J.M.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Dykinson, 2020.

GONZÁLEZ CANO, M.I., «La mediación penal en España», en AAVV (Dra. BARONA VILAR, S.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La transacción en el Proyecto de la Jurisdicción Contencioso—administrativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998.

GONZÁLEZ RADIO, V., *Justicia y globalización*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 2000.

HERNÁNDEZ RAMOS, C., «Modelos aplicables en mediación intercultural», *Barataria. Revista Castellano—Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 17, 2014.

HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

IGLESIAS SEVILLANO, H., «Propuestas para una mediación administrativa: los recursos administrativos como campo óptimo de implantación», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 98, 2017.

LABACA ZABALA, M.L., GAMBOA URIBARREN, B., HERNANDO COLLAZOS, I., ARIETA—ARAUNABEÑA ALZAGA, J., «La mediación intercultural», en AAVV (Dres. ORDEÑANA GEZURAGA, I., URIARTE RICOTE, M.), *Justicia en tiempos de crisis*, Consejo General del Poder Judicial—Universidad del País Vasco, Madrid 2016.

LLEVOT CALVET, N., GARRETA BOCHACA, J., «La mediación intercultural en las asociaciones de inmigrantes de origen africano», *Revista Internacional de Sociología*, n.º 71, 2013.

LOSA MONTAÑEZ, J.: «El papel de la mediación en España», *Revista de Psicología del Trabajo y de las organizaciones*, vol. 12, 1996.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., «La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 27, 2012.

MARÍN ALONSO, I., «El sistema de resolución colaborativo de los conflictos individuales y colectivos de trabajo en España», *Anuario de mediación y solución de conflictos*, n.º 5, 2017.

MARÍN ALONSO, I.: «La mediación previa e intraprocesal en los conflictos individuales de trabajo en España: el papel de la ley y la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 51, 2018.

MARTÍN MUÑOZ, M.R., «La autocomposición de los conflictos laborales. Valoración teórico—práctica de la mediación y el arbitraje en el ámbito de aplicación del ASAC y del acuerdo SERCLA», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 231, 2020.

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Barcelona, Paidós, 1999.

MARTÍNEZ USARRALDE, M.J., GARCÍA LÓPEZ, R., *Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MERINO MERCHÁN, J.F., «*El equivalente jurisdiccional*» en *el Derecho Público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

MIRANDA PLATA, P.: «Impulsar la mediación como mecanismo extrajudicial para resolver las controversias sobre teletrabajo: ¿una oportunidad perdida durante la pandemia de la Covid—19 y para el futuro?», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º 3, 2021.

MOLINA NAVARRETE, C., «Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de convergencias y divergencias 30 años después», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.

MORENTE MEJÍAS, F., «Pertinencias y límites de la ciudadanía en la sociedad multicultural», en AAVV (Ed. LÓPEZ GARCÍA, J.A., DEL REAL ALCALÁ, J.A., RUÍZ RUÍZ, R.), *La democracia a debate*, Madrid, Dykinson, 2002.

MORENO MORENO, J., «La mediación en el ámbito de la inmigración y convivencia intercultural», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 1, 2006.

MULDOON, B., *El corazón el conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Barcelona, Paidós, 1998.

MUNDUATE JACA, L., MARTÍNEZ RIQUELME, J.M., *Conflicto y negociación*, Madrid, Eudema, 1994.

MUNUERA GÓMEZ, P., *Mediación sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

NAVARRO NIETO, F., «El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.

NICHOLSON, M., *Análisis del conflicto*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.

OLIVER, M., «Mediación intercultural: situación y futuro en la Comunitat Valenciana», en AAVV (Ed. MORA CASTRO, A.), *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Instrumentos para la promoción de una convivencia pacífica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Granada, Comares, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación penal: la oportunidad de dignificar a la víctima y de mejorar el proceso jurisdiccional penal. La experiencia del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (Bizkaia)», en AAVV, *XV Congreso mundial de la sociedad internacional de criminología*, Cizur Menor, Thomson—Aranzadi, 2008.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Civitas—Thomson Reuters, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario La Ley*, n.º 7420, 2010.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Penal mediation service in a Basque urban local court», *Oñati socio—legal series*, n.º 9, 2011.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación en el ámbito de las cooperativas: la extensión del espíritu cooperativo a la resolución de sus conflictos», en AAVV (Coor. ETXEBERRIA GURIDI, J.F.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona», en AAVV (Ed. Eusko Ikaskuntza—Instituto de Estudios Vascos), *Innovación para el progreso social sostenible. XVII Congreso de Estudios Vasco*, Eusko Ikaskuntza—Instituto de Estudios Vascos, Vitoria, 2012.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Where is the victim in Spanish Criminal procedure? A reflection on position of the victim in Spanish legal system», en AAVV (Ed. IATED), *International Conference of Education, Research and Innovation*, IATED, 2013.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español*,

Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajudiciales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n.º 3, 2017.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado», en AAVV (Ed. BLANCO GARCÍA, A.I.), *Tratado de mediación, Vol. 1 Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n.º 3, 2018.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Las semillas del presente para el fruto del mañana o una propuesta (*lege ferenda*) para ampliar la mediación escolar actual (*lege data*) encaminada a mejorar la solución del conflicto jurídico en el marco del Derecho Jurisdiccional Diversificado», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 2, 2019.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor/a legislador/a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente», en AAVV (Dr. CASTILLEJO MANZANARES, R., Coord. ALONSO SALGADO, CR.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Barcelona, Atelier, 2019

ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «Educación para los derechos humanos y la convivencia: la mediación escolar en cuanto instrumento apto para el aprendizaje individual y social», en AAVV (Dr. LANDA GOROSTIZA, J.M., Coord. GARRO CARRERA, E.), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «Oro rojo, fresas podridas, o sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros en España en cuanto forma de evitar su esclavitud (a partir de un caso real)», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 54, 2021

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales de conflictos en el ordenamiento jurídico español», en AAVV (Dres. CALAZA LÓPEZ, S., MUINELO COBO, J.C., coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, M.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021.

ORTIZ DE PRADILLO, J.C., «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2135, 2011.

ORTUÑO MUÑOZ, J.P., «La mediación en el ámbito familiar», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.

- PARRA SEPÚLVEDA, D.A., OLIVARES VANETTI, A., RIESCO MENDOZA, C., «La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria», *Revista de Derecho*, n.º 243, 2018.
- PEREZ-TENESSA, A., *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado (En el XXV aniversario de la Constitución)*, Madrid, Consejo de Estado, 2003.
- PÉREZ-UGENA COROMINAS, M., «La mediación en sociedades interculturales. Referencia a la posible actuación del Defensor del Pueblo en procesos de mediación», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., «El estatuto del mediador», en AAVV (Dres LOZANO MARTÍN, A.M., OROZCO PARDO, G., Coord. MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- PRATS ALBENTOSA, L., «La responsabilidad civil de los mediadores y de las instituciones de mediación», en AAVV (PRATS ALBENTOSA, L., TOMÁS MARTÍNEZ, G.), *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid 2017.
- QURESHI BURCKHARDT, A., WARA REVOLLO, H., COLLAZOS SÁNCHEZ, F., VISIERS WÜRTH, C., EL HARRAK, J., «La mediación intercultural sociosanitaria: implicaciones y retos», *Norte de Salud Mental*, n.º 35, 2009.
- REDORTA LORENTE, J., «La mediación en España», en AAVV (Coors. GOTTHEIL, J., SCHIFFRIN, A.), *Mediación: una transformación en la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- RODRÍGUEZ VINDEL, E., «Mediación intercultural para la mejora de la alianza familia—escuela», *Revista de mediación*, n.º 10, 2012.
- RODRÍGUEZ LOZANO, L.G., «El acuerdo de mediación administrativa», en AAVV (Coor. SÁNCHEZ GARCÍA, A., LÓPEZ PELÁEZ, P.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2016.
- ROJAS POZO, C., «La mediación administrativa», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 98, 2016.
- ROSEMBUJ, T., «En torno a la mediación fiscal», en AAVV (Coord. GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, C.M.), *Mediación x 7*, Barcelona, Atelier, 2001.
- SÁEZ LARA, C., «Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.
- SALES SALVADOR, D., «Mediación intercultural e interpretación de los servicios públicos ¿Europa intercultural?», *Pliegos de Yuste: revista de cultura y pensamiento europeos*, n.º 7—8, 2008.
- SÁNCHEZ GARCÍA, A., «La oportunidad de la mediación administrativa como respuesta a las

necesidades del sistema de resolución de conflictos entre administración y administrado», AAVV (Dr. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P.M.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017.

SENÉS MOTILLA, C., «El acuerdo de mediación y su ejecución», en AAVV (Coord. LÓPEZ SIMÓ, F., GARAU SOBRINO, F.F.), *Mediación en materia civil y mercantil: Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52 CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

SOUTO GALVÁN, B., *Inmigración y mediación intercultural. Aspectos jurídicos*, Madrid, Dykinson, 2013.

TORNO MAS, J., «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de administración pública*, n.º 136, 1995.

URIARTE RICOTE, M., «El derecho a una buena administración como garantía de un ejercicio de poder democrático», en AAVV (Dr. ORDEÑANA GEZURGA, I.) *La Carta de los Derechos Fundamental de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

URIARTE RICOTE, M., ORDEÑANA GEZURAGA, I., *La mediación escolar en el sistema educativo vasco no universitario: del respaldo institucional al impulso normativo*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2020.

URRUELA ARNAL, I., BOLAÑOS CARTUJO, I., «Mediación en una comunidad intercultural», *Anuario de Psicología jurídica*, vol. 22, 2012.

VALVERDE JIMÉNEZ, M.R., «Mediación intercultural en el ámbito sanitario de la Región de Murcia», *Enfermería global: Revista electrónica trimestral de enfermería*, n.º 1, 2013.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Artículo 5: las Instituciones de mediación», en AAVV (Dres GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus, 2012

VINYAMATA CAMP, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Barcelona, Ariel, 1999.

Z Aidam, D., «La mediación intercultural: entre la diversidad y la interculturalidad», en AAVV (Ed. MORA CASTRO, A.), *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Instrumentos para la promoción de una convivencia pacífica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ZORRILLA RUÍZ, M.M., LLEDÓ YAGÜE, F., *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Madrid, Dykinson, 1998.

.....
(1)

Investigación realizada en el marco del Proyecto del Ministerio de Economía y competitividad *Trata de seres humanos y esclavitud: Investigación, enjuiciamiento y protección procesal de las víctimas* (IP: Andrea Planchadell Pargallo) (RTI 2018—094686—B—C22), del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación *Ejes de la justicia en tiempos de cambio* (IP: Sonia Calaza López) (PID2020—113083GB—100) y del Grupo de investigación consolidado del Sistema Universitario Vasco (GRUPO A) *Derechos Fundamentales y Unión Europea. Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea* (IP: J.I. Ugartemendia Ezeizabarrena).

[Ver Texto](#)

- (2) Literal C. Giménez Romero, «La naturaleza de la mediación intercultural», *Migraciones*, núm. n.º 2, 1997. Del mismo autor, más tarde, «Modelos de mediación y su aplicación en Mediación Intercultural», *Migraciones*, n.º 2, 2001. Esta definición es muy repetida en los estudios sobre mediación intercultural.

[Ver Texto](#)

- (3) Matizamos que «prioritariamente» porque también hemos advertido, en la doctrina tradicional, el uso de este mecanismo en relación a dos culturas no españolas.

[Ver Texto](#)

- (4) En cuanto jurisdiccionalistas, no llegamos a comprender este ámbito (socio-jurídico) señalado y repetido por la doctrina, entendiendo que sociedad y Derecho siempre aparecen entremezclados, en cuanto el segundo es el instrumento de convivencia del primero. Nos llama la atención, igualmente, que algunos autores se refieran junto a estos ámbitos, como uno más, al judicial (por ejemplo, M.L Labaca Zabala, B. Gamboa Uribarren, I. Hernando Collazos, J. Arieta-Araunabeña Alzaga, J.: «La mediación intercultural», en AAVV (Dres. I Ordeñana Gezuraga, M. Uriarte Ricote), *Justicia en tiempos de crisis*, Consejo General del Poder Judicial -Universidad del País Vasco, Madrid 2016, pp. 161 y 177 y 178), cuando, en cuanto mecanismo de resolución de conflictos, la mediación debe ubicarse en éste.

[Ver Texto](#)

- (5) Literal, B. Souto Galván, *Inmigración y mediación intercultural. Aspectos jurídicos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 23 y 24.

[Ver Texto](#)

- (6) A nuestro favor, C. Giménez Romero, *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, conflicto y comunidad*, Reus, Madrid, 2019 p. 67.

[Ver Texto](#)

- (7) A nuestro favor, I. Urruela Arnal, I. Bolaños Cartujo, «Mediación en una comunidad intercultural», *Anuario de Psicología jurídica*, vol. 22, 2012 cuando postulan que el ámbito de la mediación intercultural es el de «todos los ámbitos de la mediación en general, donde existen diferencias culturales significativas en el conflicto».

[Ver Texto](#)

(8) Lo hemos remarcado, con referencia específica a la realidad norteamericana, en abundantes ocasiones. Así, I. Ordeñana Gezuraga, «Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales de conflictos en el ordenamiento jurídico español», en AAVV (Dres S. Calaza López, J.C. Muínelo Cobo, Coord. M. De Prada Rodríguez), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: Estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 352.

[Ver Texto](#)

(9) En nuestro apoyo, B. Souto Galván, B.: *Inmigración y mediación intercultural. Aspectos jurídicos*, op. cit., p. 22.

[Ver Texto](#)

(10) El tema ha sido más estudiado por trabajadores sociales, educadores y sociólogos, que han realizado labores de intervención social, que por juristas. Al respecto, reconoce D. Zaidam, «La mediación intercultural: entre la diversidad y la interculturalidad», en AAVV (Ed. A. Mora Castro), *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Instrumentos para la promoción de una convivencia pacífica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 159, «al concebir la mediación intercultural como modalidad de intervención social la estamos encuadrando junto a, y distinguiendo de, otras formas o mecanismos de acción social como pueden ser la movilización política, el asociacionismo, la animación sociocultural, el trabajo social, la difusión de ideas, el desarrollo planificado o la defensa comunitaria». Se lamenta de su escaso reconocimiento y regulación, en España, en contraste con la situación que vive en otros países, como Bélgica o Suiza, D. Sales Salvador, «Mediación intercultural e interpretación de los servicios públicos ¿Europa intercultural?», *Pliegos de Yuste: revista de cultura y pensamiento europeos*, n.º 7—8, 2008.

[Ver Texto](#)

(11) Lo reconocen, N. Llevot Calvet, J. Garreta Bochaca, «La mediación intercultural en las asociaciones de inmigrantes de origen africano», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 71, 2013, afirmando que «la mediación intercultural ha ido surgiendo en España ante la realidad social pluricultural y transcultural con la que nos hemos ido encontrando». Explica la cuestión, C. Giménez Romero, *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, conflicto y comunidad*, op. cit., p. 191. Es interesante, además, el relato de la evolución histórica de la mediación intercultural que hace este autor (pp. 286 y ss.).

[Ver Texto](#)

(12) En las que el sistema (entendiendo por éste, la actividad del legislador y, por consiguiente, del Poder Judicial) no ha actuado, por lo que son los propios protagonistas del conflicto los que tienen que articular procedimientos para su resolución. No es vana, al respecto, la afirmación de que el Derecho va tras la sociedad.

[Ver Texto](#)

(13) Subyace la idea de que corresponde, prioritariamente, a las Administraciones Públicas articular e implementar las estrategias y políticas dirigidas a la integración y al fomento de la cohesión social. Entre las CCAAs que tienen tradición, en la materia, destacan la madrileña, la catalana y la andaluza. A nivel local, entre otros, el Ayuntamiento de Zaragoza cuenta con un Servicio de Mediación

Intercultural; también lo tienen Barcelona o Madrid.

[Ver Texto](#)

(14) Ha sido señero, en todo el Estado, el Servicio de Mediación Málaga Acoge. Se han organizado, asimismo, servicios de mediación intercultural en los distintos territorios, de la mano de la Cruz Roja o SOS Racismo. En Castilla y León es destacable la experiencia de la Asociación Desarrollo y Solidaridad (DESOD).

[Ver Texto](#)

(15) Nos referimos a la clara intención pedagógica de los mecanismos extrajudiciales, que persiguen enseñar, a quienes los utilizan, a resolver conflictos, en cuanto forma de evitar futuros. Lo hemos explicado, I. Ordeñana Gezuraga, «Las semillas del presente para el fruto del mañana o una propuesta (*lege ferenda*) para ampliar la mediación escolar actual (*lege data*) encaminada a mejorar la solución del conflicto jurídico en el marco del Derecho Jurisdiccional Diversificado», *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.º 2, 2019.

[Ver Texto](#)

(16) Muy interesante, respecto al ámbito sanitario, A. Qureshi Burckhardt, H. Wara Revollo, F. Collazos Sánchez, C. Visiers Würth, J. El Harrak, «La mediación intercultural sociosanitaria: implicaciones y retos», *Norte de Salud Mental*, n.º 35, 2009, destacando que el mediador intercultural facilita la comunicación y la relación terapéutica, actuando como puente cultural y lingüístico entre usuario y profesional con el fin de neutralizar las diferencias en la calidad asistencial a los grupos culturalmente diferentes. Postulando la complejidad de la labor del mediador cultural que requiere conocimientos y habilidades concretas, se quejan de la falta de reconocimiento de su carácter profesional. En la misma línea, entre otros, relatando la experiencia de Murcia, M.R. Valverde Jiménez, «Mediación intercultural en el ámbito sanitario de la Región de Murcia», *Enfermería global: Revista electrónica trimestral de enfermería*, n.º 1, 2013. En el ámbito educativo, E. Rodríguez Vindel, «Mediación intercultural para la mejora de la alianza familia—escuela», *Revista de mediación*, n.º 10, 2012, enfatiza el carácter preventivo de esta mediación al tiempo que explica los pormenores del proyecto MIMACE (La Mediación Intercultural como instrumento para la Mejora de la Alianza Familia—Escuela). También, entre muchos otros, S. Andrés Cabello, «Convivencia intercultural y mediación en la escuela como herramienta de prevención de conflictos», en AAVV, *La convivencia escolar un acercamiento multidisciplinar a las nuevas necesidades*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 185—194.

[Ver Texto](#)

(17) En este sentido, entre otros, C. Hernández Ramos, «Modelos aplicables en mediación intercultural», *Barataria. Revista Castellano—Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 17, 2014. Antes, F. Morente Mejías, «Pertinencias y límites de la ciudadanía en la sociedad multicultural», en AAVV (Ed. J.A. López García, J.A. Del Real Alcalá, R. Ruíz Ruíz), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 79—95. Significativas al respecto, las palabras de A. Andrés Escarbajal Frutos, *Interculturalidad, mediación y trabajo colaborativo*, Narcea, Madrid, 2010, p. 62, al tiempo que explica la labor del mediador intercultural: «Se media entre personas con culturas distintas, con trayectorias distintas, con diversos niveles de aceptación y consideración, etc., que comparten un mismo espacio físico y social en el que hay una cultura dominante y otra a la que se le pide que se adapte a la primera. Pero, sobre todo, la

cultura minoritaria tiene unas necesidades básicas que frecuentemente no tiene cubiertas».

[Ver Texto](#)

(18) Así, J. Moreno Moreno, «La mediación en el ámbito de la inmigración y convivencia intercultural», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 1, 2006. En cuanto jurisdiccionalistas, estudiosos de los métodos de resolución de los conflictos jurídicos, consideramos que esta formulación rebaja la importancia de la mediación en su función principal. Entendemos esencial, al efecto, focalizar la actividad del mediador en la resolución del conflicto, sin perjuicio de que, en su implementación, se obtengan los otros objetivos (reconocimiento del otro y acercamiento de las partes; comunicación y comprensión mutua; trabajar desde una actitud de conciliación y la adecuación institucional).

[Ver Texto](#)

(19) Muy gráficamente, al respecto, M. Pérez-Ugena Corominas, «La mediación en sociedades interculturales. Referencia a la posible actuación del Defensor del Pueblo en procesos de mediación», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14, 2018, postula que «la integración en sociedades plurales exige un esfuerzo y toma de postura por el Estado. Los poderes públicos deben implicarse en lograr un mayor grado de convivencia democrática, incidiendo en el aspecto real y no formal de la libertad y la igualdad, de manera coherente con la concepción social del Estado». En la misma línea, mantiene que «la inmigración no puede entenderse como separada de la integración, es decir, de un proceso gradual de partición de los inmigrantes en el proyecto común de la sociedad de acogida», N. Belloso Martín, «Inmigrantes y mediación intercultural», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 7, 2003.

[Ver Texto](#)

(20) Al respecto, C. Guerrero Romera, «El mediador intercultural en el ámbito sociosanitario», *Revista de Educación Social*, n.º 14, 2012, explica que es una condición ineludible para la construcción de una sociedad plural que integre de forma positiva el hecho migratorio «garantizar la posibilidad de participación social de los extranjeros en igualdad de condiciones con respecto a los autóctonos».

[Ver Texto](#)

(21) Así lo definen, F.J. García Castaño, C. Barragán Ruíz-Matas, «Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, n.º 4, 2004. Ya lo dijo J. Redorta Lorente, «La mediación en España», en AAVV (Coords. J. Gottheil, A. Schiffrin), *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 178.

[Ver Texto](#)

(22) Entre muchos, S. Aballouche, «La medición intercultural», *Anuario de Psicología*, n.º 4, 2002. En este sentido, M.V. Sánchez Elías, E. Tabares Carrasco, E. Lucio—Villegas Ramos, A.M. Ruiz Abascal, *Inmigrantes ¿vecinos y ciudadanos?*, Sevilla Acoge, Sevilla, 2007, p. 118, mantienen que «el mediador funciona con su propia interculturalidad, la cual le da puntos de referencia respecto a cómo establecer puentes, poner pasarelas para hallar un compromiso negociado entre las partes con conflicto de valores».

Ver Texto

(23) Destaca su trascendencia, señalando contenidos, M. Oliver, «Mediación intercultural: situación y futuro en la Comunitat Valenciana», en AAVV (Ed. A. Mora Castro), *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Instrumentos para la promoción de una convivencia pacífica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 247 y ss.

Ver Texto

(24) Por todos, F.J. García Castaño, A. Granados Martínez, R. Martínez Chicón, «Comprender y construir la mediación intercultural», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, n.º 1, 2006. También, D. Zaidam, «La mediación intercultural: entre la diversidad y la interculturalidad», *op. cit.*, p. 160.

Ver Texto

(25) Literal, M.J. Martínez Usarralde, R. García López, *Análisis y práctica de la mediación intercultural desde criterios éticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 44.

Ver Texto

(26) ¡Nótese que la resolución del conflicto queda diluida como función del mediador cultural, entre el resto de funciones!

Ver Texto

(27) Bebiendo de la práctica, así las identifica la *Guía de Mediación Intercultural ACCEM* (https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/guia_mediacion.pdf), citada por doctrina jurídica. Así, M.L. Labaca Zabala, B. Gamboa Uribarren, I. Hernando Collazos, J. Arieta—araunabeña Alzaga, «La mediación intercultural», *op. cit.*, p. 172.

Ver Texto

(28) Entre muchos, C. Giménez Romero, *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, conflicto y comunidad*, *op. cit.*, p. 206.

Ver Texto

(29) Explica sus bases, objetivo y funcionamiento, C. Giménez Romero, *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, conflicto y comunidad*, *op. cit.*, pp. 217 y ss. Más sucintamente, C. Hernández Ramos, «Modelos aplicables en mediación intercultural», *op. cit.* Nosotros, al respecto, y conforme a la flexibilidad que caracteriza los mecanismos de resolución, en general, y la mediación, en particular, no somos favorables de casar la actuación del mediador con un método de negociación concreto, entendiendo que la actividad de éste se debe basar en el sentido común y la adaptación al caso concreto. En este sentido, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada, 2009, p. 201, hemos dicho que «cada mediador (...), tiene su propio estilo de mediación, y dentro del mismo (...) puede ser más o menos activo. Es posible (...) que opte por ceder a las partes el protagonismo principal de la mediación, encomendando a éstas la propia estructuración de la mediación y sus fases (...) o que mantenga una

actitud dinámica, gestionando y estructurando él mismo la mediación y participando activamente en todo el procedimiento de negociación, sin limitarse a presentar a las partes una recomendación de solución».

[Ver Texto](#)

(30)

Entre otros, F.J. García Castaño, C. Barragán Ruíz-Matas, «Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización», *op. cit.* y M. Pérez -Ugena Corominas, M., «La mediación en sociedades interculturales. Referencia a la posible actuación del Defensor del Pueblo en procesos de mediación», *op. cit.* Quede claro que, conforme al elemento pedagógico de la mediación, aunque no se llegue a un acuerdo, el procedimiento siempre sirve para acercar a las partes y mejorar la comunicación.

[Ver Texto](#)

(31) Elemento que también es característica y fuente de beneficios de los mecanismos extrajurisdiccionales, si bien se ha de regular, al menos, su relación con la jurisdicción, en cuanto fuente de seguridad jurídica. En este sentido, I. Ordeñana Gezuraga, «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n.º 3, 2018.

[Ver Texto](#)

(32) En su desarrollo, se dictó el Decreto 93/2009, de 10 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana. Más tarde, la Conselleria de Solidaridad y Ciudadanía dictó la Orden 8/2011, de 19 de mayo, por la que se regula la acreditación de la figura del mediador/a intercultural y el Registro de Mediadores Interculturales de la Comunitat Valenciana. Ahonda en esta regulación, M. OLIVER, «Mediación intercultural: situación y futuro en la Comunitat Valenciana», *op. cit.*, pp. 232 y ss.

[Ver Texto](#)

(33) Por ejemplo, la vasca cuenta con *Biltzen: Servicio Vasco de Integración y Convivencia Intercultural*, que, integrado en el Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales, dinamiza el diálogo entre las distintas comunidades culturales presentes en la sociedad vasca, así como entre éstas y la Administración, asesorando en materia de mediación y educación intercultural a los diferentes servicios públicos y privados en su tarea. En Cataluña es destacable, asimismo, el Programa de Mediación en Centros Sanitarios.

[Ver Texto](#)

(34) No en vano, con J. Corominas i Vigneaux, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, vol. III, Madrid, Credos, 1972, p. 2, el término conflicto proviene del *conflictus* latino, voz que tiene su origen en *conflingere*, que significa combatir, luchar, pelear, chocar o golpear entre sí.

[Ver Texto](#)

(35) Por todos, M. Nicholson, *Análisis del conflicto*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 2—24.

[Ver Texto](#)

(36) Lo justifican, M. Fraga Iribarne, *Guerra y conflicto social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 14, L. Munduate Jaca, J.M. Martínez Riquelme, *Conflicto y negociación*, Eudema, Madrid, 1994, p. 5 y B. Muldoon, *El corazón el conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 38.

[Ver Texto](#)

(37) Describe el conflicto en cuanto fuente de desarrollo y cambio político y social, B. Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Paidós, Barcelona, 1999.

[Ver Texto](#)

(38) En otros términos: es necesaria la solución del conflicto jurídico para garantizar la justicia y la paz de la sociedad —principales objetivos del Derecho—, en cuanto medios necesarios para asegurar el orden público y lograr la perfección del bien común. Así, lo mantiene, casi literal, J. Brufau Prats, *Teoría fundamental del derecho*, 4.ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 221. Muestran postulados similares, M.M. Zorrilla Ruíz, F. Lledó Yagüe, *Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 91. También, V. González Radio, *Justicia y globalización*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 53.

[Ver Texto](#)

(39) Expresión de B. Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, op. cit., p. 105. En sentido parecido, A. Floyer Acland, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 119, remarcando que cuando se plantea un conflicto, por definición, se está requiriendo una salida al mismo, en cuanto es la idea del posible arreglo y el cambio que conlleva en la relación o situación jurídica, el que da sentido a cualquier discrepancia. También, E. Vinyamata Camp, *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 21 y J.C. Dupuis, *Mediación y conciliación*, 2ª ed., Abeledo—Perret, Buenos Aires, 2002, p. 33.

[Ver Texto](#)

(40) Sin perjuicio de que en la sociedad moderna el conflicto jurídico se haya desarrollado mucho, tanto cuantitativa, como cualitativamente. Se puede apelar a muchas razones y elementos para justificarlo (desarrollo de la tecnología; administrativización de la sociedad; su globalización y mayor nivel formativo e informativo; auge del consumismo; desarrollo de los distintos ámbitos del Derecho,...), resumidas, en el desarrollo económico, social y cultural de la sociedad. Lo expone claramente, S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 14.

[Ver Texto](#)

(41) No incidimos en ellos por ser de sobra conocidos. Vid., en este sentido, I. Ordeñana Gezuraga, «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales

en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

(42) Narramos la realidad de las relaciones laborales extremas como fuente de conflicto jurídico, al respecto, I Ordeñana Gezuraga, «Oro rojo, fresas podridas, o sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros en España en cuanto forma de evitar su esclavitud (a partir de un caso real)», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 54, 2021.

[Ver Texto](#)

(43) Dos notas. Por un lado, utilizamos la definición iuspositivista del ámbito civil, por ser el que cuenta con una ley general y completa, sin perjuicio de que la configuración que realiza de la mediación es plenamente aplicable al resto de campos, a pesar de que la propia LMACM deja extramuros de su ámbito de ordenación la mediación penal, la mediación con Administraciones Públicas y la mediación laboral (art. 2.2. LMACM). Por otro lado, antes de la entrada en vigor de la LMACM, definimos la mediación I. Ordeñana Gezuraga, «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario La Ley*, n.º 7420, 2010, como «la técnica extrajurisdiccional de resolución de disputas en las que las partes de un conflicto acuden a un tercero (o más) denominado mediador, quien, además de velar porque la negociación de aquéllas encaminada a la resolución de su conflicto transcurra en paz y armonía — deseando tensiones y obstáculos para el consenso—, puede participar activamente en la resolución del conflicto, pudiendo llegar, incluso, a presentar propuestas de solución, que en su caso aquéllas tienen que hacer suyas». Apuntábamos, al tiempo, que esta definición casa perfectamente con la etimología del propio término «mediación», proveniente del sustantivo latino *mediatio—onis*, que, a su vez, se deriva del verbo *mediare*, que significa «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad».

[Ver Texto](#)

(44) Sin perjuicio de que las partes cuentan con dos grandes posibilidades: configurar la mediación para su caso concreto —lo que conocemos como mediación independiente o *ad hoc*— o utilizar una ya preconfigurada por una institución —modalidad a la que denominamos mediación institucional—.

[Ver Texto](#)

(45) Sobre sus implicaciones en el proceso jurisdiccional civil, de forma completa, R. Castillejo Manzanares, «Proceso civil y principio dispositivo», en AAVV (Dra. R. Castillejo Manzanares, Coord. M.L. Noya Ferreiro, A. Rodríguez Álvarez), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21—37.

[Ver Texto](#)

(46) Se ordenan las instituciones de mediación en su art. 5. Comenta críticamente su regulación, E. Vázquez de Castro, «Artículo 5: las Instituciones de mediación», en AAVV (Dres. L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, Coord. C. Fernández Canales), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, pp. 73—99.

[Ver Texto](#)

(47)

La voluntariedad y libre disposición (art. 6 LMACM); la igualdad de las partes y la imparcialidad del órgano mediador (art. 7 LMACM); la neutralidad del mediador (que le impide presentar propuestas de solución) (art. 8 LMACM); la confidencialidad de la mediación, para el órgano mediador y las partes (art. 9 LMACM); y el poder de organización del mecanismo que detentan las partes y su obligación de actuar con lealtad, buena fe y respeto mutuo y colaborando con el órgano mediador, manteniendo deferencia hacia su actividad (art. 10 LMACM). Ahonda en estos elementos, E. Carretero Morales, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016. Antes, J.C. Ortiz de Pradillo, «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2135, 2011.

[Ver Texto](#)

(48) Pueden ser mediadores las personas físicas que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, salvo que la regulación de su profesión se lo impida; se les requiere título oficial universitario o de formación profesional superior y formación específica en mediación y deben tener un seguro o garantía que les cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación. También lo pueden ser las personas jurídicas, si bien (lógicamente) mediante las personas físicas que cumplan los requisitos mentados (art. 11 LMACM). El órgano de mediación puede ser unipersonal o pluripersonal (art. 18 LMACM). Se ordenan, asimismo, unos mínimos de su actuación (debe facilitar la comunicación entre las partes y velar porque éstas cuenten con la información y asesoramiento suficientes; debe desarrollar una conducta activa para lograr acercar a las partes, pero respetando la neutralidad, y puede renunciar a la mediación y no debe aceptarla o debe abandonarla cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad) y su responsabilidad por daños y perjuicios que ocasionen en su actividad (art. 14 LMACM). Por último, se regula el pago de los costes del mecanismo (salvo que pacten otra cosa, a mitades) y la posibilidad de los mediadores o de las instituciones de mediación de solicitar provisión de fondos (art. 15 LMACM). Sobre la responsabilidad de los mediadores y las instituciones de mediación, L. Prats Albentosa, «La responsabilidad civil de los mediadores y de las instituciones de mediación», en AAVV (L. Prats Albentosa, G. Tomás Martínez), *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2017, pp. 613—623. En relación al estatuto del mediador, en general, J.L. Pérez—Serrabona González, «El estatuto del mediador», en AAVV (Dres. A.M. Lozano Martín, G. Orozco Pardo, G., Coord. J.L. Monereo Pérez, R.M. González de Patto), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 137—152.

[Ver Texto](#)

(49) Se regulan, concretamente, la forma de iniciarse la mediación (de común acuerdo o a solicitud de una de las partes) (art. 16 LMACM); la posterior sesión informativa (art. 17 LMACM); otra constitutiva, en la que se da inicio a la mediación (art. 19 LMACM); la duración del procedimiento («lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones») (art. 20 LMACM); la terminación (con acuerdo o sin él) (art. 22 LMACM) y el acuerdo final (art. 23 LMACM). Se prevé, igualmente, la posibilidad de que las partes acuerden que todo el procedimiento o parte del mismo se realice por medios electrónicos (art. 24 LMACM). Sobre la duración, muy interesante, A. Coello Pulido, «La duración "más breve posible" de la mediación civil y mercantil», en AAVV (Dr. R. Castillejo Manzanares, Coord. C. Alonso Salgado), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018, pp. 121—129. Sobre el procedimiento, en general, I. López—Barajas Perea, «La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 27, 2012. Se centra en

el acuerdo de mediación y en su ejecución, C. Senés Mottilla, «El acuerdo de mediación y su ejecución», en AAVV (Coor. F. López Simó, F.F. Garau Sobrino), *Mediación en materia civil y mercantil: Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52 CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 289—323.

[Ver Texto](#)

(50) Como «institución ordenada a la paz jurídica», lo describe su Exposición de Motivos.

[Ver Texto](#)

(51) Incidimos en la relación mediación—jurisdicción, en cuanto el Poder Judicial dota de garantías a la mediación, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, I. Ordeñana Gezuraga, «Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales de conflictos en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, pp. 360—362.

[Ver Texto](#)

(52) Piénsese en cualquier contrato (préstamo dinerario, alquiler de vivienda, compra de un coche u otra cosa...) con un particular o empresa cualquiera.

[Ver Texto](#)

(53) Sin perjuicio de que inmigrantes que desarrollan actividades económicas también podrían recurrir a estas mediaciones. En este ámbito, entre otras, podemos citar la mediación cooperativa y la mediación concursal. Profundizamos, en la primera, I. Ordeñana Gezuraga, «La mediación en el ámbito de las cooperativas: la extensión del espíritu cooperativo a la resolución de sus conflictos», en AAVV (Coor. J.F. Etxeberria Guridi), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 143—190. Para un análisis de la mediación en el contexto de un concurso, I. Ordeñana Gezuraga, I.: «La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado», en AAVV (Ed. A.I. Blanco García), *Tratado de mediación, Vol. 1, Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 237—270.

[Ver Texto](#)

(54) Sobre la mediación familiar, en general, entre muchos, J.P. Ortuño Muñoz, «La mediación en el ámbito familiar», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.

[Ver Texto](#)

(55) Ahondamos en sus bondades y debilidades, I. Ordeñana Gezuraga, «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *op. cit.*

[Ver Texto](#)

(56) En la que claramente se puede obtener una mejor protección del inmigrante, en cuanto su objetivo es intentar que éste no pierda su vivienda y siga haciendo frente a los pagos de su hipoteca. Incide en su funcionamiento, A. Domínguez Cano, «La mediación en los procesos de desahucios. Mediación

hipotecaria», *Mediatio: mediación*, n.º 7, 2015. También, sucintamente, R. Figueroa Denche, «La mediación hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 177, 2017.

[Ver Texto](#)

(57) Se remarca que la pena, especialmente la privativa de libertad, no cumple adecuadamente ninguna de las funciones que se le reconocen (retributiva y de prevención general y especial). Se detectan abundantes debilidades, igualmente, en el enjuiciamiento de los tipos penales ante los Tribunales de Justicia. Con todo, parece que el sistema penal español no satisface ni al delincuente, ni a la sociedad ni a la propia víctima, especialmente olvidada. Describimos la situación, con apoyo doctrinal, I. Ordeñana Gezuraga, «Penal mediation service in a Basque urban local court», *Oñati socio—legal series*, n.º 9, 2011.

[Ver Texto](#)

(58) Presentamos esta definición, I. Ordeñana Gezuraga, *El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, p. 208. Entre otras definiciones que se han dado en España, nos gusta la de M.I. González Cano, «La mediación penal en España», en AAVV (Dra. S. Barona Vilar), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 25, «la mediación, como sistema de gestión de conflictos, se define, como aquel en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica».

[Ver Texto](#)

(59) Explicamos los elementos principales de esta justicia restaurativa y la concepción del conflicto penal y del delincuente y víctima que conlleva, ahondando en el cambio de paradigma de la justicia retributiva (*retributive justice*) a la justicia restaurativa (*restaurative justice*), I. Ordeñana Gezuraga, «Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona», en AAVV (Ed. Eusko Ikaskuntza —Instituto de Estudios Vascos), *Innovación para el progreso social sostenible. XVII Congreso de Estudios Vasco*, Eusko Ikaskuntza —Instituto de Estudios Vascos, Vitoria, 2012, pp. 1937—1956.

[Ver Texto](#)

(60) Sólo las partes del conflicto penal concreto pueden optar por renunciar a «la solución vertical» o exclusivamente jurisdiccional del conflicto, eligiendo una solución horizontal del mismo. Esta opción requiere, lógicamente, que las partes únicamente pueden someterse a mediación penal conociendo (1) qué es (2) cómo se desarrolla (sus fases) (3) sus consecuencias y (4) que, en cualquier momento, la pueden abandonar. Al mismo tiempo, el recurso a la mediación nunca puede significar el reconocimiento de la comisión de los hechos o la culpabilidad por una de las partes, porque ello supondría la infracción más grave de la presunción de inocencia. En este contexto, nunca se puede utilizar el término «proceso» para referirse a la tramitación de esta técnica, por ser éste exclusivo del derecho jurisdiccional y responder al principio de dualidad de posiciones. Con rigor absoluto, nos tenemos que referir al «procedimiento» de mediación penal (tramitación sin dualidad de posiciones), que, a su vez, debe ser poco formalista, rápido y eficaz.

[Ver Texto](#)

(61) Frecuente cuando la víctima es extranjera y de otra cultura y viene a España a trabajar, sufriendo delitos en este contexto socio—jurídico.

[Ver Texto](#)

(62) Ello permite que, a diferencia de lo que acontece en el proceso penal, los protagonistas del conflicto saquen y muestren sus sentimientos y emociones. Ellas deciden, en primer lugar, hacerse con los mandos de la resolución de su disputa, optando por el restablecimiento del diálogo roto por el delito, apostando por la comunicación y la interacción recíproca. En sus manos queda, en gran medida, *a posteriori*, también, la decisión de la forma de la tramitación (lugar, tiempo...) y, por último, su resultado. Lo enfatizamos, I. Ordeñana Gezuraga, «Where is the victim in Spanish Criminal procedure? A reflection on position of the victim in Spanish legal system», en AAVV (Ed. IATED), *International Conference of Education, Research and Innovation*, IATED, 2013, pp. 5666—5674.

[Ver Texto](#)

(63) Es, así, la mediación penal un instrumento que pone cara a la víctima en la sociedad, contribuyendo a que aquélla se sienta escuchada, comprendida, arropada y reparada, especialmente importante cuando ésta pertenece a otra cultura. Lo remarcamos, I. Ordeñana Gezuraga, «La mediación penal: la oportunidad de dignificar a la víctima y de mejorar el proceso jurisdiccional penal. La experiencia del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (Bizkaia)», en AAVV, *XV Congreso mundial de la sociedad internacional de criminología*, Thomson—Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 685—686. En el mismo sentido, S. Barona Vilar, «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 94, 2012.

[Ver Texto](#)

(64) La mediación penal pone al agresor en frente de la víctima, con el objetivo de que aquél repare el daño causado al tiempo que se responsabiliza de la transgresión de las normas sociales y penales cometida, sintiendo el arrepentimiento e interiorizando su culpa y aquellas normas de convivencia que ha infringido, contribuyendo, de esta guisa, a la paz social de la comunidad, cuestión trascendental cuando el victimario es inmigrante. Con todo, la reparación a la víctima y a la sociedad, bien simbólica (el arrepentimiento y la petición de perdón), bien material (abonar una cantidad de dinero, realizar un servicio social,...), es el centro del nuevo paradigma de justicia restauradora, en su cometido de ofrecer una alternativa no punitiva o minimizadora de la respuesta penal, introduciendo elementos educativos y preventivos de conductas delictivas futuras en el Derecho penal.

[Ver Texto](#)

(65) Su tarea consiste en hacer que las partes se escuchen y respeten; que conviertan los reproches en entendimientos. Dirige el procedimiento, ayudando, en definitiva, a obtener un acuerdo que satisfaga las necesidades de ambas conforme a los postulados de la justicia restaurativa. Ahonda en la figura, S. Barona Vilar, «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, n.º 26, 2009.

[Ver Texto](#)

(66) Sobre la configuración del derecho jurisdiccional diversificado, en general, Ordeñana Gezuraga, «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *op. cit.* Sobre su concreta aplicación al ámbito penal, Ordeñana Gezuraga, ¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor/a legislador /a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente», en AAVV (Dr. R. Castillejo Manzanares, Coord. C. Alonso Salgado), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 499—510.

[Ver Texto](#)

(67) Al respecto, entre muchos, J. Barallat López, «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013, cuando enumera las ventajas de esta técnica (proporciona mayor protagonismo a la víctima e implica directamente al delincuente en la reparación integral del daño originado por el delito), apunta que «la mediación serviría de instrumento de agilización de un sistema penal atascado, pudiendo los tribunales concentrar sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de delitos más graves, para los que la mediación no fuera posible o conveniente».

[Ver Texto](#)

(68) No puede la mediación penal escapar en ningún caso de la legalidad (entendiendo como parte de ésta los derechos y garantías típicas de la vía jurisdiccional —imparcialidad del tercero, la presunción de inocencia, la igualdad y contradicción de las partes,...—), sin perjuicio de que se apoye más en el principio de oportunidad que en el de necesidad.

[Ver Texto](#)

(69) Sobre el vínculo mediación—principio de oportunidad, L.J. Del Río Fernández, «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2006. También, recientemente, J.V. Gimeno Sendra, «El principio de oportunidad y la mediación penal», en AAVV (Dres. M.S. Calaza López, J.C. Muínelo Cobo, J.M. Asencio Mellado), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 237—256.

[Ver Texto](#)

(70) Profundizamos en la crítica, tras el pertinente análisis *lege data* de la institución, al tiempo que requerimos su ordenación sistemática y completa *lege ferenda*, I. Ordeñana Gezuraga, ¿Hasta cuándo vamos a seguir así señor /a legislador/a? o sobre por qué ya no se puede defender la mediación penal en el marco jurídico vigente», *loc. cit.*, pp. 499—510.

[Ver Texto](#)

(71) Es importante definir adecuadamente el derecho material en cuya aplicación surge el conflicto (Derecho administrativo), pues la Administración actúa, frecuentemente, conforme a normativa civil o laboral, supuestos en los que nos encontraríamos ante un conflicto de la misma naturaleza. Obviamente, si aquella es autora o víctima de un delito, nos moveríamos en el marco del Derecho penal.

[Ver Texto](#)

(72) Fundamental, al respecto, la Recomendación (2001) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa para promover la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos entre Administración y ciudadanos. Este instrumento exige que, en todo caso, esta mediación respete la igualdad, la imparcialidad y los derechos de las partes. Se fija en la normativa del Consejo de Europa que anima la mediación administrativa, B. Belando Garín, «La mediación administrativa: una realidad jurídica», en AAVV (Coor. F. López Ramón), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 265—273.

[Ver Texto](#)

(73) Vincula la mediación con la obtención de este objetivo de la Administración, J. Torno Mas, «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de administración pública*, n.º 136/1995.

[Ver Texto](#)

(74) En este sentido, T. Rosembuj, «En torno a la mediación fiscal», en AAVV (Coor. C.M. González—Capitel Martínez), *Mediación x 7*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 185, postula que la transacción —eje de los métodos extrajurisdiccionales— es la figura jurídica que mejor alienta el derecho de participación de los ciudadanos en la Administración. En el mismo sentido, AAVV (Coord. G. Elorriaga Pisarik), *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 8.

[Ver Texto](#)

(75) Considera esta cuestión eje de la configuración de la mediación administrativa, J. González Pérez, «La transacción en el Proyecto de la Jurisdicción Contencioso—administrativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998. Destaca las causas de esta indisponibilidad, J.F. Merino Merchán, «*El equivalente jurisdiccional*» en *el Derecho Público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 91, explicando que «como regla general, aunque sometida a matices, se ha venido manteniendo que la Administración Pública no podía transigir y menos aún someter sus controversias con los ciudadanos a un tercero dirimente no jurisdiccional. Se ha esgrimido para fundamentar esa posición que la Administración tiene encomendada la gestión de intereses generales, que actúa investida de potestades públicas sometida al principio de legalidad (arts. 9.3º y 103.1º CE) y que sólo los tribunales controlan esas potestades y la legalidad de su actuación (art. 106.1º CE)». Por su parte, A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 13, destaca que conciliación, mediación y arbitraje son instituciones que han quedado tradicionalmente a un lado por la vinculación de las Administraciones al principio de legalidad y también porque «parece difícil de entender que el Estado, que ha modelado el sistema judicial contencioso—administrativo prácticamente a su medida, lo deje a un lado y busque otros cauces para la resolución de los conflictos que le enfrentan a otros sujetos».

[Ver Texto](#)

(76) Matiza el Consejo de Estado que, mientras los dos primeros requisitos son expresiones subjetivas de una situación, la ponderación del tercero de los requisitos debe ser más objetiva. Fue esta doctrina sentada en los dictámenes 41.876 de 22 de marzo de 1979, 51.528 de 3 de noviembre de 1988 y 929 de

10 de julio de 1997. Los recoge, A. Perez—Tenessa, *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado (En el XXV aniversario de la Constitución)*, Consejo de Estado, Madrid, 2003, pp. 328 y 329.

[Ver Texto](#)

(77) Incide en la configuración, importancia y efectos de este derecho, M. Uriarte Ricote, «El derecho a una buena administración como garantía de un ejercicio de poder democrático», en AAVV (Dr. I. Ordeñana Gezuraga), *La Carta de los Derechos Fundamental de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 715—732.

[Ver Texto](#)

(78) Incluso, se permite la sustitución del recurso de alzada por una mediación administrativa (art. 112.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Al respecto, muy interesante, con análisis crítico de la situación actual y propuestas de mejora, H. Iglesias Sevillano, «Propuestas para una mediación administrativa: los recursos administrativos como campo óptimo de implantación», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 98, 2017.

[Ver Texto](#)

(79) Incide en el lugar de la mediación administrativo en el marco del proceso jurisdiccional administrativo, C. García de la Rosa, «La mediación en la jurisdicción contencioso—administrativa: dificultades para su implantación eficaz», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018. Con tono más positivo, A. Beltrán Montoliu, «La mediación en la jurisdicción contencioso—administrativa: un ámbito de oportunidades», en AAVV (Coor. S. Barona Vilar), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2016, pp. 331—352. En el mismo sentido, abriendo posibilidades, M. Chamorro Oter, «La mediación intrajudicial en el proceso contencioso—administrativo», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º (año) 2019.

[Ver Texto](#)

(80) A nuestro favor, al tiempo que explica la situación de la mediación administrativa, en el ordenamiento jurídico español, B. Belando Garín, «La mediación administrativa: una realidad jurídica», *op. cit.*, pp. 265—273. Antes, G. Carballo Martínez, «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013. En la misma línea, M.C. García Vicario, «La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso—Administrativa», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013.

[Ver Texto](#)

(81) Lo avala, M. Chamorro Oter, «La mediación intrajudicial en el proceso contencioso—administrativo», *op. cit.*

[Ver Texto](#)

(82) Recuérdese que la LMACM deja expresamente extramuros de su ordenación la mediación

administrativa (art. 2.2º). Esta mediación a la que llamamos genérica es la que abarca a temas generales de la Administración o la que se da en cuestiones *sub iudice*. Se refiere a ellas, C. Rojas Pozo, «La mediación administrativa», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 98, 2016. Apunta al listado de materias del Derecho administrativo susceptibles de mediación, conforme al protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso—administrativa, aprobado el 26 de junio de 2011 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, C. Esplugues Barona, «Mediación en derecho administrativo», *Revista Jurídica Digital UANDES*, n.º 2, 2018.

[Ver Texto](#)

(83) Sobre este elemento y, en general, sobre los acuerdos obtenidos en la mediación administrativa, L.G. Rodríguez Lozano, «El acuerdo de mediación administrativa», en AAVV (Coor. A. Sánchez García, P. López Peláez), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 327—351.

[Ver Texto](#)

(84) En general, sobre la posibilidad de aplicar la mediación a los distintos sectores de la Administración Pública, B. Belando Garín, «Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos», en AAVV (Coor. I.C. Monteiro Fonseca), *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, pp. 39—63.

[Ver Texto](#)

(85) En nuestro apoyo, con detalle, A. Sánchez García, «La oportunidad de la mediación administrativa como respuesta a las necesidades del sistema de resolución de conflictos entre administración y administrado», AAVV (Dr. R. Cabrera Mercado, Coor. P.M. Quesada López), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 363—383.

[Ver Texto](#)

(86) Así entre pacientes y médicos; entre médicos; entre éstos y otro personal; entre otro personal; entre los pacientes y su familia;... Ahonda en los mismos y en el contexto jurídico—social en el que se está dando la medición, en nuestro país, P. Munuera Gómez, *Mediación sanitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Igualmente, D.A. Parra Sepúlveda, A. Olivares Vanetti, C. riesco Mendoza, «La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria», *Revista de Derecho*, n.º 243, 2018. Profundiza en su ordenación, J. Alventosa del Río, «La mediación sanitaria en la legislación de las comunidades autónomas», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 5, 2016.

[Ver Texto](#)

(87) Abordamos esta modalidad, incidiendo en sus distintos elementos (conflictos, órganos, tramitaciones, ...), analizando su marco jurídico actual, y proponiendo mejoras, I. Ordeñana Gezuraga, «Las semillas del presente para el fruto del mañana o una propuesta (*lege ferenda*) para ampliar la mediación escolar actual (*lege data*) encaminada a mejorar la solución del conflicto jurídico en el marco del Derecho Jurisdiccional Diversificado», *op. cit.*. También, del mismo autor, «Educación para los derechos humanos y la convivencia: la mediación escolar en cuanto instrumento apto para el aprendizaje individual y social», en AAVV (Dr. J.M. Landa Gorostiza, Coor. E. Garro Carrera), *Retos emergentes de los*

derechos humanos: ¿garantías en peligro? Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 819—841. Por último, y con más profusión, M. Uriarte Ricote, I. Ordeñana Gezuraga, *La mediación escolar en el sistema educativo vasco no universitario: del respaldo institucional al impulso normativo*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2020.

[Ver Texto](#)

(88) Presentamos y argumentamos esta configuración, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, *op. cit.*, pp. 32 y ss. Resumidamente, podemos apuntar que entendemos el conflicto laboral como una situación o vicisitud, en el contexto del vínculo jurídico—laboral entre un empresario y un trabajador, y que es una concreción del conflicto latente entre aquéllos, que requiere externalización, de forma que ambas partes conozcan de su existencia, diferenciándose, así, del mero malestar laboral.

[Ver Texto](#)

(89) Estas últimas son, en palabras de A. Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, 6 ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 402, «las presiones dirigidas a acelerar la solución del conflicto en las direcciones que se juzga propicia para los actuantes», sin que podamos identificar ambas categorías por ser posible la existencia del conflicto laboral sin éstas. Lo contrario (medida de presión sin conflicto) sería desnaturalizar este elemento. Vinculamos y diferenciamos todos estos conceptos con el conflicto laboral, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

[Ver Texto](#)

(90) Por eso, también llamado conflicto de aplicación e interpretación.

[Ver Texto](#)

(91) Por ello, también denominado de intereses o reglamentación.

[Ver Texto](#)

(92) Se refiere a la historia de la mediación laboral en España, J. Losa Montañez, «El papel de la mediación en España», *Revista de Psicología del Trabajo y de las organizaciones*, vol. 12, 1996. mayor tradición tienen la conciliación y el arbitraje, presentes, sin perjuicio de otros antecedentes, en la Ley de Consejo de Conciliación y Arbitraje Industrial de 19 de mayo de 1908. *Vid.* para más detalles, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

[Ver Texto](#)

(93) Ahonda en estas ventajas de la mediación laboral, I. Marín Alonso, «El sistema de resolución colaborativo de los conflictos individuales y colectivos de trabajo en España», *Anuario de mediación y solución de conflictos*, n.º 5, 2017. También, M.R. Martín Muñoz, «La autocomposición de los conflictos laborales. Valoración teórico—práctica de la mediación y el arbitraje en el ámbito de aplicación del ASAC y del acuerdo SERCLA», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 231, 2020.

[Ver Texto](#)

(94) Luego el espíritu de colaboración de la relación jurídico—material es llevada a la resolución de los conflictos que surgen en su desarrollo.

[Ver Texto](#)

(95) La autonomía colectiva se integra por la capacidad de representación, de autoorganización, autorregulación y autotutela, conllevando las dos últimas la facultad de crear mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos. Remarca que esta fuente se ha centrado en la resolución de los conflictos colectivos, haciendo a un lado la de los conflictos individuales, requiriendo su atención, también, para estos, F. Navarro Nieto, «El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020. En el mismo sentido, explicando el cambio normativo, J. Fernández—Costales Muñiz, «Novedades del III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León: la inclusión de la resolución de conflictos individuales de trabajo», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 50, 2020. Antes, en el mismo sentido, I. Marín Alonso, «La mediación previa e intraprocesal en los conflictos individuales de trabajo en España: el papel de la ley y la negociación colectiva», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 51, 2018.

[Ver Texto](#)

(96) Es posible, aunque no frecuente, que el contrato de trabajo, fuente de Derecho del Trabajo que recoge la voluntad de las partes contratantes (art. 3.1 c) ET), configure una mediación, como parte de su clausulado. Lo ha de hacer, en todo caso, con respeto a las fuentes del Derecho de trabajo (la ley y la negociación colectiva). En este sentido, defiende la importancia de la mediación laboral para solucionar conflictos individuales de trabajo, P. Miranda Plata, «Impulsar la mediación como mecanismo extrajudicial para resolver las controversias sobre teletrabajo: ¿una oportunidad perdida durante la pandemia de la Covid—19 y para el futuro?», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º 3, 2021. En el mismo sentido, M.L. Arastey Sahún, «Mediación: un cambio de paradigma necesario para a mellora da relación laboral dende a óptica individual», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 11, 2020.

[Ver Texto](#)

(97) El convenio colectivo, fruto de la negociación de empresarios y trabajadores y fuente del Derecho laboral, es, en la actualidad, el instrumento más apto para la creación de mecanismos extrajudiciales, en general, y de la mediación, en particular, en cuanto son los propios protagonistas de la relación laboral los que acuerdan cómo solventar sus diferencias. Todo tipo de convenio colectivo (empresarial y supraempresarial, estatutario y extraestatutario), incluso sus comisiones paritarias, pueden ser instrumento configurador de una mediación. No obstante, los convenios marco, tanto los convenios para convenir (art. 83.2 ET), como lo convenios sobre materias concretas (art. 83.3 ET), son los más utilizados, al efecto. Incide en ello, M.T. Díaz Aznarte, «La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 140, 2017. Con una valoración crítica, C. Molina Navarrete, «Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de

convergencias y divergencias 30 años después», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.

[Ver Texto](#)

(98) Atendiendo a esta fuente, tenemos que distinguir, en primer lugar, la mediación administrativa propiamente dicha, que es la prevista en la ordenación del desaparecido IMAC y que en la actualidad gira en torno a sus órganos sucesores. Tanto la norma que creó aquél (Real Decreto Ley 5/1979), como la que lo desarrolló (Real Decreto 2756/1979), permiten que trabajadores y empresarios acudan al IMAC en solicitud de la designación de un mediador; que tal solicitud provenga de la Administración laboral (autoridad laboral), siempre previa audiencia de los interesados y cuando las circunstancias lo demanden o que sea el propio IMAC el que ofrezca la mediación a las partes contendientes. Por otro lado, tenemos que referirnos a la mediación realizada por el Inspector de Trabajo. Efectivamente, además de todas sus funciones para la protección y guarda de la normativa laboral, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social atribuye a este cuerpo nacional labores de mediación (art. 1.2). Lo reitera el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 15.3). Por último, tenemos que referirnos a la mediación en el marco de las deliberaciones en la tramitación de un convenio colectivo. Concretamente, el art. 89.4 ET, al regular la tramitación (procedimiento de negociación) de los convenios colectivos, dispone que en cualquier momento de las deliberaciones de un convenio colectivo las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas.

[Ver Texto](#)

(99) Incide en ello, B. Martínez de Murguía, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, op. cit., p. 96. Al respecto, es importante distinguir la transacción —género al que pertenece, en su resultado, la mediación— de la simple renuncia de derechos, vedada al trabajador por el art. 3.5º ET. Mientras la última supone el abandono unilateral de derechos ciertos sin contrapartida, la transacción incide sobre derechos dudosos al tiempo que resuelve en cesiones bilaterales conducentes a la superación de un conflicto.

[Ver Texto](#)

(100) En general, sobre las distintas configuraciones, a partir de soportes jurídicos distintos, J. Cruz Villalón, «Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 154, 2020.

[Ver Texto](#)

(101) Estos aparecen, especialmente, en torno a los acuerdos interprofesionales y los órganos permanentes de resolución de conflictos que crean. Los explicamos con profusión, I. Ordeñana Gezuraga, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, op. cit., pp. 173 y ss.

[Ver Texto](#)

(102) Ahonda en la cuestión, C. Sáez Lara, «Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de

conflictos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º. 154, 2020.

[Ver Texto](#)

Las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz

The arbitration rules of the Consulate of Cádiz

En el Cádiz del Siglo XVIII el arbitraje fue una forma de resolución de conflictos generalizada entre comerciantes españoles y extranjeros. Esto puede apreciarse en la literatura y en la prensa de la época, así como en los textos legislativos que allí se elaboraron.

En este trabajo se analizan las reglas de arbitraje integradas en el proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cargadores a Indias de Cádiz (1800), que se encuentran a caballo entre el Antiguo Régimen y la Ilustración.

Estas reglas de arbitraje, primera regulación completa de la materia desde las Partidas, contienen preceptos modernizadores del arbitraje. Por ejemplo (i) reconocen tanto a hombres como a mujeres un derecho innato a someterse a arbitraje y a desempeñar el cargo de árbitro (ii) establecen un ámbito objetivo amplio para el arbitraje y unos plazos muy breves; (iii) y conceden expresamente a los árbitros gran libertad para dirigir el procedimiento, sin sujeción a las normas procesales judiciales

Reglas de Arbitraje, convenio, laudo, institución arbitral, *fast track*, arbitraje internacional

In 18th century Cádiz, arbitration was regularly used to settle disputes between spanish and foreign merchants. This can be seen in the literature and in the press of the time, as well as in the legislative texts that were produced at the time.

This paper analyzes the arbitration rules integrated in the draft Ordinances of the Consulado de Cargadores a Indias of Cádiz (1800), which can be placed between the Old Regime and the Enlightenment.

These arbitration rules, the first complete regulation of the matter since the Partidas, contain modernizing arbitration provisions. For example (i) they recognized both men and women to hold an innate right to submit to arbitration and to serve as arbitrators (ii) they established a broad scope of arbitral matters and very short time-frames; (iii) and expressly granted the arbitrators great freedom to direct the proceedings, without being subject to court procedural rules.

Arbitration Rules, arbitration clause, award, arbitral institution, fast track, international arbitration



Gorka Goenechea Permisán

Abogado (BM&A), árbitro, doctor en Derecho

A mi madre

L'arbitrage n'est pas, dans son essence, un phénomène juridique; (...) et c'est la raison pour laquelle les juristes n'arrivent ni à le saisir parfaitement ni à le régler convenablement (R. David (1)).

I. EL ARBITRAJE EN EL CÁDIZ DEL CONSULADO

La idea de este artículo no nace a partir del hallazgo de las reglas de arbitraje del Consulado de Cargadores a Indias de Cádiz (1800) sino de la previa lectura de un poema de Ibáñez–Pacheco, titulado *El laudo compromisario*, de su libro *Cuentos gaditanos* (2). En este cuento se narra con fina ironía, rigor jurídico y métrica de romance el desarrollo procesal de un arbitraje ambientado en el Cádiz de 1820, es decir, en los años de su Consulado. Su argumento es el siguiente: para evitar que la controversia entre dos acaudalados comerciantes pasase a las vías del feroz papel sellado aquellos nombraron árbitro a otro comerciante que era *cachazudo en demasía, genovés en conclusión*. Y cuando los litigantes, *tal como se estipuló, fueron al treinteno día a saber su decisión*, terminó aquel arbitraje mediante el siguiente laudo, que honrar pudo a Salomón:

lo ho visto tutto lo scritto

é asicuro per quien soy

que non puedo decir sí...

ma tampoco digo no...

lo digo, tan solamente,

lu que sia de razon...

Si ustedes están conformes

este pleito se acabó.

Más allá de la anécdota, el hecho de que Ibáñez–Pacheco decidiera incluir en un mismo volumen este poema junto a otros dedicados a temas populares, como el taurino o el teatral, revela que — durante el Cádiz del Consulado (1717–1830)— el arbitraje debió ser algo tan habitual como para situar una de estas narraciones en el escenario de un procedimiento arbitral (3).

Esa primera impresión se vio después confirmada por la hemeroteca de la época. Así, en el Diario Mercantil de Cádiz del 24 de enero de 1808 aparece publicada la siguiente reseña, dirigida a los comerciantes (4):

Comercio (...). Manuel des arbitres (5). Manual de los Jueces árbitros, o tratado completo de los juicios arbitrales, por M. B. Boucher, un volumen en 8º, su precio 7 francos, París, en la casa de Arthus Bertrand. Esta obra es muy útil a los negociantes que tantas veces son elegidos para ejercer el honroso ministerio de Jueces árbitros. Es verdad que el nombramiento de semejantes

jueces puede convenir a todas las clases de la Sociedad, mas parece que la de los comerciantes está, mas que las otras, destinada a apreciar los felices efectos de las buenas leyes sobre los juicios arbitrales; porque en efecto no solo su propio interés les mueve a zanjar sus diferencias sin la detención y enredo de las formas judiciales, sino que en Francia les obliga a ello la ley en ciertas circunstancias.

En ese mismo diario se publicó que el 30 de agosto de 1820 alguien extravió un laudo mientras paseaba por las calles de esta ciudad. La noticia decía (6) :

Avisos. (...) El martes de la semana anterior se perdió en una de las calles de Teniente, Molino, Marzal ó Alameda un cuadernillo de cinco hojas de papel manuscrito, titulado Laudo: se suplica a quien lo halla (sic) encontrado lo entregue en la imprenta de este periódico, donde se le dará su hallazgo.

Pese a que estos y otros ejemplos son circunstanciales, abundan en la idea de que, entre los comerciantes gaditanos, el arbitraje fue algo muy habitual durante la etapa de su Consulado.

Entre las principales razones de la utilización del arbitraje para la resolución de controversias mercantiles estaría, en primer lugar, el hecho de que —en un momento en que Cádiz concentraba la mayoría del comercio peninsular con las Indias (7) y cuando gran parte de esta actividad económica se llevaba a cabo mediante compañías o casas de comercio (8) — los contratos de compañía firmados en esa ciudad preveían en la mayoría de los casos la designación de uno o más árbitros para la solución de las controversias entre los compañeros, especialmente durante la liquidación de aquellas (9) . En relación con esta cuestión, hay que recordar que mediante la Real Cédula dada en Aranjuez el 7 junio 1767 se ordenó que no pudieran correr ni establecerse compañías de comercio ni casas de negocios sin que primero se hiciera conocer al prior del consulado correspondiente la observancia de los requisitos establecidos en las Ordenanzas de los Consulados de Burgos y Bilbao (10) . Esta referencia a las ordenanzas bilbaínas suponía la aplicación en Cádiz de la regla según la cual:

todos los que formen compañía hayan de capitular y poner cláusula en la escritura que de ella otorgaren, en que digan y declaren que por lo tocante á las deudas y diferencias que durante ella y á su fin se les puedan ofrecer, se obligan y someten al juicio de dos ó mas personas prácticas que ellos ó los jueces de oficio nombraren (OB 10, 16).

Un segundo motivo de la difusión del arbitraje en el Cádiz del Consulado puede encontrarse en la predilección de sus corredores de lonja por esta forma de solución de conflictos. Dichos corredores —ejerciendo una influyente función pública en régimen de monopolio— actuaban como intermediarios y como consejeros jurídicos de los mercaderes de la época, ostentando la facultad de certificar por escrito el negocio intermediado (11) . Una muestra de la preferencia por el arbitraje de los corredores de lonja gaditanos puede encontrarse en sus Ordenanzas de 30 de octubre de 1750, cuyo art. 18 y para resolver las controversias entre los propios corredores les imponía la obligación de recurrir a su *Junta de Conciliarios para que estos determinen qualesquiera duda que ocurriere como Jueces árbitros* (12) .

El arbitraje fue, asimismo, la forma de solución de conflictos preferida por la mayoría de los comerciantes extranjeros avecindados en esta ciudad, que fueron muchos y relevantes (13) .

Un último motivo de la generalización del arbitraje durante la etapa del Consulado de Cádiz reside en una pura cuestión de estilo de sus comerciantes. Estos evitaban en lo posible las *comparecencias ante los tribunales* (14) porque consideraban que *armar un pleito en la plaza* era algo impropio de la profesión mercantil (15) . Mediante el arbitraje los comerciantes eludían los *costos y desavenencias* (16) así como *la detención y enredo de las formas judiciales* (17) .

II. PROPÓSITO Y FUENTES DE ESTE TRABAJO

En este trabajo se analizarán las reglas de arbitraje recogidas en el título VIII del tratado IV del proyecto de Ordenanzas del Real Tribunal del Consulado de Cádiz, concluido el 23 de diciembre de 1800, que se titula *De los juicios compromisarios*. Al final de este estudio se incluye una primera edición de estas reglas arbitrales (ver *Apéndice*).

El arbitraje fue la forma de solución de conflictos preferida por la mayoría de los comerciantes extranjeros avecindados en Cádiz, que fueron muchos y relevantes

Pese a que dichas Ordenanzas no fueron finalmente sancionadas, el interés de sus reglas arbitrales reside en que (i) constituyen la primera regulación completa del arbitraje en nuestro derecho desde las Partidas (18) ; (ii) supusieron un claro avance frente a la regulación arbitral anterior; (iii) formaron parte de los papeles de trabajo de Pedro Sainz de Andino (19) , quien redactó el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830 (20) ; y (iv) al haber sido elaboradas por comerciantes sobre la base de la práctica, estas reglas nos dan una idea aproximada de cómo debieron desenvolverse los arbitrajes de la época (21) .

Para el desarrollo de esta investigación se han consultado los tres ejemplares conocidos del proyecto de Ordenanzas en el que se integran las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz:

El primero es un ejemplar manuscrito, no firmado, que se encuentra en el Archivo General de Indias (AGI) (22) . No es el original de las Ordenanzas, sino una copia, que fue propiedad del Consulado de Cádiz. Si se encuentra hoy en el AGI ello se debe a que —después de que el traslado de la Casa de Contratación y del Consulado a Cádiz supusiera también el traslado de su documentación a esa misma ciudad; y después de que, una vez extinguidas ambas instituciones, esa documentación quedara en la Biblioteca Provincial gaditana, bajo la denominación *Archivo de Indias de Cádiz* (23) — el contenido de este último archivo, a pesar de la resistencia de la Junta Provincial de Agricultura, Industria y Comercio, se llevó a Sevilla en 1903, donde quedó depositado bajo la denominación *Papeles de Cádiz* (24) .

El segundo ejemplar de las Ordenanzas gaditanas que hemos analizado es otra copia, también manuscrita, parcial y aquejada de algunas erratas, que tampoco está firmada. Se encuentra en el Fondo Antiguo de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla (25) al que llegó desde la biblioteca del legislador, Pedro Sainz de Andino, a través de su ahijada (26) .

El tercer ejemplar, que es el empleado para el análisis de las reglas de arbitraje que son objeto de este trabajo, es el original manuscrito del proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz (ver *Apéndice*). Tiene numeración romana y sus cuatro tratados fueron sucesivamente firmados por su principal autor, Gerónimo Quintanilla Pérez, entre el 21 de abril de 1797 (trat. I) y el 23 de diciembre de 1800 (trat. IV) (27) . Se conserva en el Archivo de la Comisión General de Codificación (CGC) (28) al que llegó desde el de la Biblioteca del Ministerio de Justicia. Este original del proyecto de Ordenanzas sería el enviado el 11 de abril de 1828 a la Junta o Comisión encargada por Fernando VII de la elaboración de un Código General de Comercio (29) , según resulta de la comunicación remitida el 4 de julio de 1983 por el jefe del Archivo de la CGC al jefe de la Biblioteca del Ministerio de Justicia (30) . De ser así, habría que concluir que —salvo mejor opinión— el ejemplar de la Universidad de Sevilla al que antes nos hemos referido no sería la copia perteneciente a la Junta o Comisión encargada de la elaboración del mencionado Código de Comercio. En apoyo de esta idea puede añadirse que —a diferencia de la copia conservada en el AGI que tiene numeración arábica— la copia de Sainz de Andino está ordenada con números romanos, lo que indica que procede del ejemplar original que se conserva en el Archivo de la CGC.

Por último, en relación con las fuentes empleadas para la preparación de este estudio cabe añadir que la doctrina analizada no agota el tema, siendo varios los aspectos que aún quedan abiertos al análisis y a la investigación.

III. EL CONSULADO DE CÁDIZ Y LA REDACCIÓN DE SU PROYECTO DE ORDENANZAS

Los consulados mercantiles —y entre ellos el de Cádiz— fueron unos de los *cuerpos intermedios* que conformaron la sociedad durante el Antiguo Régimen, situándose institucionalmente entre el poder monárquico y los comerciantes. Su constitución seguía siempre el mismo patrón, consistente en la concesión por la corona a la corporación de comerciantes que lo solicitaba del privilegio de la *jurisdicción* en asuntos de comercio. Esta jurisdicción *de clase* de los consulados era un poder de contenido complejo (normativo, organizativo y judicial) sometido a la instancia regia, pues era el rey quien aprobaba las ordenanzas consulares, atribuyéndoles así fuerza vinculante frente a terceros (31) .

Centrándonos en el Consulado que nos ocupa, este se constituyó por Carlos V, mediante Real Provisión dada en Valladolid el 23 de agosto de 1543. Si bien inicialmente tuvo su sede en Sevilla, desde 1679 Cádiz comenzó a ejercer el papel de cabecera de las flotas y, por ende, del monopolio comercial español con las Indias. Por esta y otras razones (32) y en virtud de dos Reales Cédulas de Felipe V de 8 y 12 de mayo en 1717, esta institución se trasladó a dicha ciudad, junto a la Casa de Contratación, momento a partir del cual se le denominó *Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias de la ciudad de Cádiz* o simplemente *Consulado de Cádiz* (33) . Fugazmente, por Decreto de 21

de septiembre de 1725, se acordó la vuelta de la Casa de Contratación y del Consulado a Sevilla. Pero por nuevo Real Decreto del 24 de diciembre del mismo año se anuló el anterior (34) . Ambas instituciones permanecieron en Cádiz hasta su respectiva desaparición en 1790 y en 1830 (35) .

Para cubrir los gastos de su actividad el Consulado de Cádiz contaba con el producto de unos recargos *ad valorem* sobre el tráfico marítimo. Dicho Consulado llegó incluso a arrendar los impuestos debidos al rey, actuando como intermediario entre el Real Tesoro y los mercaderes de la plaza (36) ; y sirvió también en ocasiones de banca para la Monarquía, lo que pudo determinar la pervivencia en el tiempo de su monopolio (37) .

Las funciones del Consulado fueron de varios tipos pues, además de desarrollar la jurisdicción mercantil, autorizaba a los barcos a entrar o salir del puerto, cambiar el itinerario o llevar determinadas mercancías, daba limosnas, promovía obras públicas, etc. En cumplimiento de esas variadas funciones el Consulado de Cádiz implantó una Escuela Mercantil, cuyo plan de estudios — que incluía la legislación mercantil española y extranjera— fue aprobado por Real Orden de 11 de mayo de 1803 (38) . Sin embargo, como decíamos, lo que verdaderamente caracterizó a los consulados mercantiles fue la existencia de un tribunal propio e independiente, hábil para decidir — mediante el ejercicio de la *jurisdicción mercantil*— las cuestiones que los miembros de la comunidad le planteaban. En este sentido, en el proemio de los títulos VI a VIII del tratado I del proyecto de Ordenanzas que analizamos se lee:

Desde el antiguo origen de los Consulados se ha repetido que sus juicios deven ser sencillos; que se ha de proceder en ellos la verdad savida y buena fe guardada, y con este obgeto se establecieron semejantes tribunales en beneficio comun del Comercio y sus Profesores.

Los encargados de impartir la justicia consular, integrantes de los tribunales mercantiles, eran los *cónsules* (dos o tres según el consulado), siendo el tercero de ellos denominado *prior*, por ostentar una primacía moral u honorífica. La segunda instancia dentro de esta jurisdicción consular era ejercida por el *juez de apelaciones* o *alzadas* (39) . El Tribunal Consular tenía también la competencia para ejecutar lo juzgado, a través de su propio alguacil. En el caso del prior y los cónsules del Consulado de Cádiz, estos eran elegidos por los cargadores a Indias, de entre los mismos cargadores, y de conformidad con las Ordenanzas nacidas del propio Consulado (40) . Esa facultad de los cargadores de nombrar al prior y los cónsules —cuya confirmación regia no era necesaria— era expresión de esa cierta autonomía que ostentaban los consulados.

Para el ejercicio de esta jurisdicción mercantil y para su organización interna el Consulado de Cargadores a Indias contó con unas primeras Ordenanzas (41) . Sin embargo, como indica Heredia Herrera, estas Ordenanzas fueron quedando anticuadas y acabaron entrando en desuso. Además, se da la circunstancia de que —aparte de normas relativas a la elección de sus órganos y a la jurisdicción consular— esas primeras Ordenanzas contenían poco más que algunas normas sobre el contrato de seguro y los cambios, lo que obligaba a la aplicación de un *cierto derecho mercantil* contenido en las Partidas y en las leyes recopiladas. Por esta razón, una vez trasladado el Consulado a Cádiz, el 23 de agosto de 1734 se acordó la *formación de unas Ordenanzas para el gobierno del Consulado y comercio de la carrera de Indias en todas las materias y negocios económicos, gubernativos*

y de justicia (42).

En 1796 y después de múltiples vicisitudes —incluido un primer borrador de Pedro Muiños de 1781— la Junta de Ordenanzas del Consulado decidió designar a Gerónimo Quintanilla Pérez para dar una orientación más efectiva a la cuestión. El designado, posiblemente natural de Tarifa, fue letrado y ocupó en algún momento el cargo de secretario del Consulado de Cádiz (43). Fue cargador a Indias. En los años setenta del siglo XVIII viajó a distintos puertos de América, como Veracruz y Nueva España (44), residiendo algún tiempo en Méjico (45), como también su hijo Felipe (46). Ocupó el cargo de diputado del común en el Ayuntamiento de Cádiz en 1792 y 1793 (47).

En lo que se refiere a su labor como redactor de las Ordenanzas, Gerónimo Quintanilla sugirió que, para su elaboración, sería conveniente la asistencia de dos miembros de la Junta de Ordenanzas del Consulado —de los que tuvieran mayor práctica en la navegación y comercio— y de uno o dos letrados elegidos por estos últimos (48). Entre los designados estuvieron Francisco Javier Díaz Cotte —que reunía la práctica del comercio y el conocimiento de las leyes mercantiles, pues ostentó la Cátedra de Jurisprudencia del Comercio en la Academia Mercantil gaditana (49)— y José Joaquín de Aguirre (50).

Tras asumir su encargo, Gerónimo Quintanilla no se limitó a seguir el plan de Muiños, sino que expuso ante el Consulado que las nuevas ordenanzas debían constituir un código legal mercantil que sirviera *de regla al comercio universal* (51). A partir de entonces, el redactor del proyecto lo fue entregando por partes. El 21 de abril de 1797 firmó el tratado I, *De la jurisdicción consular* (52). El 21 de noviembre de 1798 firmó el tratado II, *De las personas que ejercen el comercio marítimo y contratos que más propiamente le pertenecen* (53).

Paralelamente, el 10 de septiembre de ese mismo 1798 redactó el plan de lo que debían ser los tratados III y IV. Para este último, propuso a la Junta de Ordenanzas incluir un título dedicado a los *compromisos* (54), en el que se regularían: *Generales disposiciones a que deven ceñirse las partes para su litud segun el espíritu y leyes fundamentales de su admision: diferencia de Compromisarios y Arbitradores: modo de proceder de unos y otros: circunstancias de los Laudos y arbitramentos para que infieran su cumplimiento por apremio y quando podrán las partes usar la via executiva en lugar de el* (55).

El 27 de enero y el 23 de diciembre de 1800 Gerónimo Quintanilla firmó respectivamente los tratados III (56) y IV (57) del proyecto de Ordenanzas. El título VIII de este último tratado (sobre *Los juicios compromisarios*) es precisamente el que contiene las reglas de arbitraje que son objeto de este estudio. Quintanilla lo remitió a la Junta de Ordenanzas del Consulado mediante una carta fechada el último día del siglo XVIII, en la que informó de que el tiempo total empleado en la elaboración de los cuatro tratados fue de cuatro años y cuatro meses (58).

Después de esto y una vez enviado el proyecto de Ordenanzas por el Consulado al monarca, el Secretario de Estado y del Despacho Universal de Hacienda de España e Indias, Miguel Cayetano Soler, contestó mediante una carta del 4 de diciembre de 1801, comunicando el propósito de crear una junta de ministros y de fiscales de los Consejos de Castilla, Indias y Hacienda y de la Junta

General de Comercio y Moneda para examinar el proyecto de Ordenanzas, cosa que —si llegó a ocurrir— no debió producir ningún resultado, quedando ahí el recorrido de este texto legal (59).

Lo primero que hemos de destacar es que en las Ordenanzas del Consulado de Cádiz el arbitraje se concibió como un derecho innato de los comerciantes, colocado al mismo nivel que la libertad de juicio del árbitro o arbitrador

La redacción del proyecto de las Ordenanzas del Consulado de Cádiz había sido inicialmente una buena idea, pues —como hemos adelantado— las antiguas Ordenanzas no solo habían caído en desuso sino que carecían de una regulación mercantil completa. Sin embargo, después de todo, el proyecto no llegó a aprobarse. Por el contrario, en 1803 el Consulado de Cádiz reeditó sus antiguas Ordenanzas, lo que parece indicar que, por entonces, ya se sospechaba que las nuevas no saldrían adelante (60). El 14 de octubre de 1809 José I Bonaparte dictó un Real Decreto por el que se reguló el establecimiento y organización de unos nuevos *tribunales de comercio*, cuya coexistencia con las normas procesales de las ordenanzas consulares provocaría interferencias de difícil solución. Y, finalmente, en 1829 se aprobó el primer Código de Comercio, cuya entrada en vigor supuso la desaparición de la secular jurisdicción consular (61). Por más que los *tribunales de comercio* de ese nuevo Código fueron establecidos como sucesores de los tribunales consulares, solo lo fueron nominalmente, porque sus funciones judiciales las desarrollaron mediante unos cónsules designados por el rey y asesorados por expertos en derecho (arts. 1189, 1196 y 1204 del Código de Comercio de 1829), quedando la segunda instancia encomendada a las Audiencias de la jurisdicción civil ordinaria (62).

IV. ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CONSULADO DE CÁDIZ (63)

1. Concepción del arbitraje

Entrando en el análisis de las reglas de arbitraje contenidas en el proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz, lo primero que hemos de destacar es que en ellas el arbitraje se concibió como un *derecho innato* de los comerciantes, colocado al mismo nivel que la libertad de juicio del árbitro o arbitrador (64). Su art. 49 dispuso concretamente:

Al modo que los comprometentes pueden usar francamente del derecho innato que tienen para someterse a uno, dos o mas individuos en la resolucion de sus diferencias interesantes dentro de los terminos de equidad y justicia; assi tambien debe quedar libre el juicio de los Arbitros, y Arbitradores para que obren segun su conciencia, atendidas todas las circunstancias, el fin del compromiso, y el bien de las partes, y no podrá precisarseles a que sigan el parecer de determinada Persona, cuya condicion como irritante se declara nula.

Con el reconocimiento de este derecho innato el Consulado gaditano se adelantó doce años a la

Constitución Política de la Monarquía Española que —como es sabido— reconoció el derecho al arbitraje con rango constitucional, por primera y última vez en nuestro ordenamiento. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en el art. 280 de la Constitución de 1812, en estas reglas consulares el derecho al arbitraje no se limitó a los españoles (65), sino que incluyó implícitamente a las españolas y a los extranjeros, siempre que estuvieran facultados para negociar (66). Así, el art. 2 de estas reglas dispuso:

Qualquiera que puede libremente negociar puede comprometer las dudas o diferencias que con otro le ocurran en su giro, y podrá verificarlo por medio de instrumento publico o privado.

Cabe añadir que, a la vista de los intereses en juego —directamente relacionados con negocios en América y en los distintos lugares de procedencia de los comerciantes extranjeros afincados en Cádiz— muchos de los *juicios compromisarios* celebrados en dicha ciudad tendrían hoy la consideración de arbitrajes internacionales (cf. art. 3 LA 2003).

En cuanto a su ubicación sistemática, los *juicios compromisarios* se encuentran regulados en el tratado IV de las Ordenanzas gaditanas, junto a los contratos de compraventa, permuta y compañía. Esto sitúa la regulación del arbitraje en las antípodas del tratado I (dedicado a la jurisdicción consular) acentuando su perfil contractual. Esa ubicación sistemática es, además, otra de las diferencias entre las reglas que analizamos y la Constitución de 1812, en la que —desde una perspectiva judicialista— el arbitraje se regula dentro del título V, capítulo II, relativo a *la administración de justicia en lo civil* (67).

A diferencia también del art. 280 de la Constitución de 1812 (68), el art. 49 de las reglas que analizamos (que como hemos visto reconoce el derecho innato al arbitraje) no se parece en nada a lo dispuesto sobre este asunto en la Constitución francesa de 1791 (69), de donde resulta que Quintanilla no debió inspirarse en este precedente francés a la hora de redactar dicho precepto.

Como materias susceptibles de compromiso, en las reglas que nos ocupan se incluyen todas las cuestiones mercantiles, excepto el *punto del delito* de dichas cuestiones. Y, aun en estos casos, se declara arbitrable el interés o daño ocasionado por el delito a los perjudicados (arts. 9 y 10). Así, el art. 9, que por cierto termina con toda una declaración de principios, disponía:

Todas las ocurrencias en materias mercantiles podran comprometerse porque ninguna esta comprendida en las prohibiciones de derecho; y los juicios compromisarios son los mas proporcionados para el sencillo metodo que exigen las circunstancias del comercio.

Tal era la fe del Consulado de Cádiz en las bondades del arbitraje que (como después también hizo el art. 2 LA 1988 (70)) en el proyecto que analizamos se permitía a las partes redireccionar sus controversias hacia esta forma de resolución de conflictos, aun después de haberse dictado la sentencia en primera instancia (art. 11) e incluso después de haberse iniciado la ejecución de una resolución firme, para determinar el modo de hacerlo (art. 12).

A la vista de las características expuestas en este apartado, puede concluirse que en estas reglas de

arbitraje la institución arbitral se configura desde una perspectiva más contractual o mercantil que judicial o procesal, lo que es natural teniendo en cuenta que nacen de un Consulado que —como tal— abomina de juicios, jueces y letrados. En apoyo de esta idea cabe añadir que —a diferencia de lo dispuesto en el Proyecto de Código Civil de 1821 (71) — en estas reglas no se les reconoce autoridad judicial a los árbitros y arbitradores, porque *no son rigurosa y legalmente jueces* por más que estén *en lugar de tales por la elección de las partes* (art. 23). Y que —a diferencia de lo establecido en las Partidas (72), en las que la facultad para comprometerse en arbitraje dependía de la capacidad para litigar— en las reglas del Consulado de Cádiz esa capacidad dependía de la libertad para negociar (art. 2).

2. El papel del Consulado en los procedimientos arbitrales

Las reglas arbitrales analizadas atribuían al Consulado de Cádiz importantes funciones de apoyo y control del arbitraje. Así, establecían que ante el prior y los cónsules podía documentarse el compromiso arbitral (art. 3); y que eran estos a quienes correspondía conocer de la recusación de los árbitros y arbitradores (art. 15), designar árbitros o arbitradores cuando procediera (arts. 16, 61 y 68), compelerles a que desempeñaran su función sin retrasos (arts. 27 y 54), analizar las eventuales causas de exención de árbitros y arbitradores (art. 29), asistirles en la práctica de la prueba (art. 37 y 38), intimar el laudo (art. 63), despachar su ejecución (art. 64), promover el acuerdo entre las partes o, en su defecto, la celebración de un nuevo compromiso en caso de que el laudo no fuera ejecutable (art. 75), conocer de los recursos de apelación y reducción a arbitrio de buen varón y de la acción de anulación (arts. 79 y 80), etc.

Estas funciones de control y apoyo al arbitraje, atribuidas al prior y los cónsules del tribunal consular, no eran equiparables a las que hasta entonces venían ejerciendo los jueces ordinarios en virtud de las Partidas o la Ley de Madrid, porque mientras estas tenían su origen en el poder real, la legitimidad de aquellas se encontraba en la jurisdicción consular, originalmente emparentada con el arbitraje, por ser éste el embrión de aquélla (73). Por ello, las funciones del prior y los cónsules (cargadores elegidos por cargadores, que aplicarían normas elaboradas en el seno del propio Consulado) aparecen en estas reglas de arbitraje como algo natural y útil para el desarrollo de los juicios compromisarios; y no como algo que los pudiera entorpecer o ralentizar. Desde esta perspectiva, creemos que el procedimiento establecido en estas reglas arbitrales puede ser calificado como *arbitraje consular*, en el sentido de que se desarrollaría al margen de la jurisdicción real y bajo el amparo del Consulado, dotado con atribuciones similares a las que hoy en día tiene una institución arbitral, con el añadido de las propias de su *iurisdictio*.

3. El compromiso arbitral y sus efectos

Más allá de los requisitos formales y de capacidad, en relación con los que estas reglas se muestran muy flexibles (arts. 2 a 8), en ellas se disponía que en el compromiso arbitral las partes debían hacer constar su *determinación de sugetarse al juicio de Jueces Arbitros o Arbitradores* (arts. 4 y 7) e indicar con claridad la *duda o puntos* que se comprometían y el plazo del que disponían árbitros y arbitradores para laudar (art. 39). Se preveía asimismo que las partes pudieran imponer a los árbitros y arbitradores sus condiciones y, entre estas, la obligación de consultar —sin perder aquellos su

liberad de juicio— con personas de *inteligencia y probidad, de conciencia y ciencia en la materia que resuelben* (art. 47) (74) .

En cuanto a la eficacia negativa del compromiso arbitral, en el art. 57 del título VII del tratado I de las Ordenanzas se establecía una especie de declinatoria. Concretamente, disponía que:

Si sobre el credito que se demanda estuviese pendiente juicio de compromiso, y se alegase como excepcion esta litis pendencia se admitirà como legitima.

4. Los compromisarios: árbitros y arbitradores (75)

En las reglas que estudiamos se dispuso que *no ès lo mismo Juez Arbitro, que Arbitrador*. Estas figuras se diferenciaban en que los primeros (también denominados *árbitros* y *árbitros juris*) debían decidir en *términos de derecho*; mientras que los arbitradores podían resolver atendiendo *solo al concepto de equidad y ã evitar los costos, enemistades y perjuicios que ocasionan los litigios, salvo quando haya Ordenanza ò Ley claramente adaptable* (arts. 33 y 34). Esto parece indicar que —cuando existieran normas imperativas directamente aplicables— no resultaría admisible una decisión en equidad, aunque las partes lo hubieran acordado. Cuando las partes atribuían al compromisario la doble condición de *árbitro–arbitrador*, no podía este usar de esta segunda condición (la de arbitrador) sino en el caso señalado de que no existiera Ordenanza o Ley claramente aplicable (art. 35).

En cuanto a las condiciones para ser árbitro o arbitrador, a diferencia de lo que habían dispuesto las Partidas (en las que la mujer no podría ser árbitro, aunque sí arbitrador (76)) y a diferencia también de lo que dispusieron normas posteriores (Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830 (77) o Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (78)) las reglas de arbitraje gaditanas antepusieron la preparación de la persona que desempeñara la función de árbitro o arbitrador, sobre las razones de género, siempre que fuera *inteligente en la materia que se compromete segun el concepto de la parte que lo nombre* (art. 13) (79) .

En estas reglas arbitrales se requería a los árbitros y arbitradores las cualidades de *inteligencia y notoria integridad*, añadiéndose no obstante que podían serlo los letrados, las personas del estado eclesiástico secular (80) y los menores que ejercieran el comercio públicamente, porque *en esto la principal circunstancia que obra es la satisfaccion de la parte que elige*. También podían ser designados como árbitros o arbitradores los *decoctos inculpables*, quedando excluidos por tanto los concursados culpables. Adicionalmente, quedaba prohibida la designación de aquellos a los que *por defecto natural o nota proveniente de delito prohíbe el derecho toda judicatura*; así como la designación del prior y los dos cónsules del tribunal consular, salvo en el peculiar supuesto de que las partes decidieran designar conjuntamente a esos tres miembros del tribunal consular para que actuaran, no como tales, sino como arbitradores (arts. 13 y 17 a 22).

En cuanto al número de árbitros y a diferencia de las Ordenanzas de Bilbao en las que no se preveía específicamente la posibilidad de designar a un solo árbitro (OB 10, 16), en las reglas del Consulado de Cádiz el juicio compromisario podía encomendarse a *uno, dos o más individuos* .

Para el caso de desacuerdo entre los dos árbitros o arbitradores designados inicialmente, se preveía

la intervención del *tercero en discordia*, designado por las partes, por un tercero o por el prior y los cónsules (art. 68) correspondiéndole a dicho tercero *el Juicio discreetivo en la oposicion de distintos pareceres* (art. 73). Las partes podían acordar que la actuación del tercero en discordia consistiera no en dictar un laudo propio, sino en *agregar su voto* al laudo de uno de los otros dos árbitros o arbitradores, formándose así el laudo conforme (art. 71).

Un ejemplo de designación de dos árbitros lo encontramos en la escritura de compañía autorizada por el notario Francisco Rendón Sarmiento, suscrita entre los comerciantes ingleses, residentes en la ciudad, Tomas Matheos, Juan Matheos y Jorge Bown. Estos tres compañeros acordaron lo siguiente (81):

Estamos de acuerdo (...) que en caso que en el giro de esta compañía entre nos haya o hubiere alguna diferencia o diferencias que por nos no la podamos ajustar o resolver, en estos casos y para cuando esto suceda, luego para entonces, de conformidad, nombramos por jueces árbitros para la resolución y esclarecimiento de las diferencias que tengamos o tuviéramos todas las veces que sucedieren haberlas entre nos a Benjamín Batos, mercader inglés, residente en esta y a Juan Matheos, de la dicha nación, residente en esta, ambos hombres de negocios, personas de toda inteligencia, ciencia y eficiencia en ellos, a los que damos y concedemos poder, facultad y mano como en derecho se requiera para que entendidos de la diferencia o diferencias que tubieramos, las resuelvan arbitren y determinen, juzgando a su arbitrio lo que mas bien les pareciere, y tuvieren por conveniente en orden a componernos amigablemente sin dar lugar a que nos valgamos de medios de Justicia ni litigios.

Es lógico pensar que la designación de dos árbitros o arbitradores —especialmente cuando fueran elegidos por las partes— abocaría a estos a laudar después de un previo proceso de transacción o negociación entre ellos, como forma de evitar la intervención del tercero en discordia. En estos casos, coincidimos con Jimeno Borrero cuando indica que el arbitraje de los siglos XVIII y XIX perseguía el acuerdo y el pacto, como forma de eludir pleitos, conservar el buen nombre de las compañías y comerciantes y la confianza mutua dentro del sector (82). En apoyo de esta misma idea, pueden mencionarse el art. 64 de las reglas que nos ocupan, según el cual —para evitar litigios— el prior y los cónsules procurarían convencer a las partes de cumplir el laudo que fuera *uniforme*; y el art. 75 que establecía que, cuando el arbitraje diera lugar a tres laudos distintos —el de cada uno de los dos árbitros o arbitradores inicialmente designados y el del tercero en discordia— el prior y los cónsules procurarían avenir a las partes a una transacción amistosa, a la designación de un nuevo tercero en discordia o a la celebración de un nuevo arbitraje.

En la práctica, el número de árbitros nombrados oscilaba entre uno y cuatro, siendo lo más frecuente que se designaran dos, tres o tantos como socios, sin llegar a rebasar la cifra de cuatro (83). Por lo que parece, era bastante frecuente la discordia entre los árbitros pares, haciéndose necesaria la designación de ese tercero en discordia (84).

Una vez aceptado el nombramiento por el árbitro o arbitrador, cosa que podía hacerse expresa o tácitamente (art. 25), debía aquel desempeñar su cargo, compeliéndole a ello, si no lo hiciera, el prior y los cónsules con todo el *rigor del derecho* y *sin permitir morosidades* (art. 27).

El árbitro o arbitrador solo podía liberarse de su encargo si le sobreviniera una *forzosa necesidad de emprender ausencia interesante* o una *enfermedad aguda y dilatada* o, si de continuar con el encargo, le pudieran resultar al árbitro *perjuicios incidentes o imprevistos* (art. 28) (85). En estos casos, el árbitro debía plantear su desistimiento ante el prior y los cónsules, quienes *certificándose de la verdad alegada por secretos informes* lo admitirían o desecharían (art. 29) mediante decisión, susceptible de recurso a resolver en ocho días (art. 30). Para evitar los trámites anteriores, cuando el compromisario planteara su desistimiento, la norma preveía que el al prior y los cónsules lo notificaran a la parte que lo nombró, por si consintiera en ese desistimiento (art. 31).

A diferencia de las Partidas, en las que a la hora de desarrollar el procedimiento los árbitros debían observar las mismas formalidades que los jueces, en las reglas que analizamos los árbitros y los arbitradores no estaban sujetos a observar «los apices y ritualidades del foro»

Sobre la relevante cuestión de la recusación de los árbitros o arbitradores —de la que como hemos adelantado conocerían el prior y los cónsules (art. 15)— en estas reglas se establecía que cada parte no podía recusar al que hubiese designado, ni al designado de común acuerdo, salvo causa sobrevenida o conocida después de la designación (arts. 14 y 20). Los motivos de recusación de árbitros y arbitradores (art. 16) se establecieron por referencia a la lista de motivos de recusación del prior y los cónsules, recogida en el art. 21 del párrafo I, del título VI del tratado I. Eran por tanto: (a) el parentesco por consanguineidad dentro del cuarto grado (b) el de afinidad dentro del tercer grado (c) el tener compañía con cualquiera de los litigantes (d) el tener interés en la causa que se ventila (86) (e) el haber sido árbitro, arbitrador o haber dado dictamen sobre la misma controversia y (f) el tener vínculo de cognación espiritual con alguno de los contendientes. El de las reglas de arbitraje de Quintanilla es un buen listado de motivos de recusación, más completo desde luego que el de las Partidas (87) y casi tanto como el del art. 97 de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830.

En cuanto a la eventual retribución de los árbitros, nada se dice en las reglas que analizamos. Sin embargo, el hecho de que se regulara específicamente la aceptación del encargo por los árbitros o arbitradores, unido a que el prior y los cónsules podían compelerles a cumplir su obligación y a que aquellos no podían desistir de su encargo sin justa causa, indicaría que asumían con las partes una verdadera obligación jurídica que, es lógico pensar, debería llevar aparejada una remuneración (88).

5. La sustanciación de las actuaciones arbitrales y sus plazos

A diferencia de lo que ocurría en las Partidas —en las que a la hora de desarrollar el procedimiento los árbitros debían observar las mismas formalidades que los jueces (89) — en las reglas que analizamos los árbitros y los arbitradores no estaban sujetos a observar *los apices, y ritualidades del*

foro (art. 23).

El arbitraje diseñado por Quintanilla suponía asimismo un paso adelante con respecto a los dilatados plazos que se venían observando (90) ; puesto que en estas reglas se hacía una apuesta por la rapidez del procedimiento, mayor incluso a la de algunos de los actuales procedimientos rápidos o *fast tracks*. Por poner algunos ejemplos, se dispuso un plazo de ocho días a contar desde la aceptación de su cargo por el árbitro , para presentar la demanda arbitral (art. 36) (91) ; el plazo para laudar era de cuatro meses, computados desde la aceptación expresa o tácita de los árbitros (arts. 39 y 23 a 26) siendo de la mitad el plazo para el tercero en discordia (art. 69) (92) . El plazo para anunciar la demanda de nulidad del laudo era de solo *veinte y cuatro horas utiles*; y de tres días los plazos para interponerla y, después, contestarla (art. 78). Se establecía asimismo un plazo de cuarenta y ocho horas para cumplir el laudo *conforme* —también denominado laudo *acorde* o *uniforme* (93) — o para allanarse a cumplirlo, si estableciere un plazo para ello (art. 62).

En línea con esta idea de agilidad en las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz se imponía a los árbitros el deber de dedicar atención a la causa para dictar el laudo en plazo (art. 51) pudiendo el prior y los cónsules, a solicitud de las partes, apremiar con todo rigor a los que procedieran con *morosidad, hasta que desempeñen el encargo que aceptaron* (art. 54).

6. La extensión y firma del laudo (94)

En las reglas analizadas se establecía que —cuando fueran dos o más los árbitros o arbitradores— estos debían reunirse al menos una vez para deliberar y formar su resolución (art. 42) (95) . Si en esa reunión se unificaban los criterios, los árbitros o arbitradores podrían emitir un único laudo (laudo *conforme, acorde* o *uniforme*). En caso contrario, debía extender cada uno el suyo, con expresión de hacerlo *en discordia de sus compañeros* (art. 43).

Coincidiendo en esto con las Partidas (96) las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz declaraban nulo el pacto por el que las partes impusieran a los árbitros el deber de laudar en el sentido que dijera un tercero (art. 49).

Cabe añadir como curiosidad que, si bien estas reglas suponían una modernización del procedimiento arbitral, conservaban también alguna norma más propia del Antiguo Régimen. Así, salvo excepciones, a los árbitros les quedaba prohibido extender y firmar el laudo en los días festivos *de mayor solemnidad*, si bien los arbitradores no estaban sujetos a esta limitación (art. 41) (97) .

7. El cumplimiento y la ejecutividad del laudo (98)

En las reglas de continua referencia, se dispuso que los árbitros y arbitradores podrían establecer un prudente plazo para el cumplimiento del laudo (art. 56). En su defecto, el laudo dictado *en conformidad* sería ejecutivo si el condenado no lo cumplía en cuarenta y ocho horas o no se allanaba a cumplirlo en el plazo establecido en el propio laudo (art. 62). Una vez dictado y notificado el laudo a las partes por el prior y los cónsules (art. 63) y en línea con la voluntad de evitar pleitos entre comerciantes, el art. 64 atribuía a aquéllos facultades mediadoras, pero también de ejecución del laudo, al disponer:

Procuraran el Prior y Consules evitar todo litigio convenciendo ã los comprometentes al justo cumplimiento del Laudo uniforme; pero en su defecto despacharan execucion ã instancia del interesado, si asi lo pretendiere, ñ compeleran al renuente por via de apremio, sin darle audiencia ni admitir recurso hasta que obedesca.

En lo que se refiere a la aceptación del laudo por las partes y como señala Carrasco González, normalmente los compromisos preveían la imposición de penalizaciones a la parte que no cumpliera voluntariamente el laudo acorde (99) . Las reglas que analizamos, apegadas a la práctica de los juicios compromisarios de la época, regularon precisamente este tipo de penalizaciones para quien no cumpliera voluntariamente el laudo. Concretamente establecían que si las partes se imponían una pena convencional para el caso de incumplimiento del *laudo acorde*, se podría exigir por vía de apremio esa pena al que se resistiese a cumplirlo. La exacción de esta multa no eximía de la ejecución del laudo, salvo que así se hubiere acordado de forma expresa en el instrumento de compromiso (arts. 65 a 67). Como ejemplo de este tipo de penalizaciones, Bustos Rodríguez cita la cláusula de la compañía *Galuy y Garber*, constituida por diez años en 1750, en la que sus firmantes acordaron que el socio que no aceptase un laudo quedaría obligado a pagar 1.000 pesos de plata, que irían por mitad al Hospital de Mujeres de El Carmen y al Hospital de Pobres Incurables de la Santa Caridad (100) .

La existencia de los terceros en discordia daba lugar, en estas reglas, a una casuística variada en lo que se refiere a la ejecutividad del laudo. Así, si el laudo de ese tercero en discordia coincidía en lo esencial con el de alguno de los árbitros o arbitradores aquel laudo tendría el mismo vigor que si fuera *conforme* (arts. 70 a 72). Si fueren varias las cuestiones resueltas diversamente por los dos árbitros, el tercero en discordia podía coincidir parcialmente con uno y parcialmente con el otro, entendiéndose en tal caso que el laudo era *conforme* y por tanto ejecutable (art. 73). Para el caso de que el arbitraje tuviera por objeto la reparación de unos daños y perjuicios u otra semejante, si entre los laudos de los tres árbitros existiera conformidad en cuanto a la existencia del daño, pero disconformidad en cuanto a su importe y siendo el del tercero en discordia el de mayor importe, las reglas del Consulado establecían que debía entenderse que existía laudo en conformidad en cuanto al menor importe, que podía ejecutarse en caso de incumplimiento (art. 76). Sin embargo, si el laudo del tercero en discordia hubiera establecido el importe de los daños en una cantidad intermedia entre los otros dos laudos, debía entenderse su laudo como laudo conforme, siempre y cuando fuera un arbitrador, pues si fuera un árbitro debía atenderse a lo dispuesto en el art. 76 (art. 77).

Un supuesto que resulta chocante es el que se produciría cuando los laudos de los dos árbitros inicialmente designados y el del tercero en discordia fueran enteramente distintos. En tal caso, las reglas que estudiamos disponían que ninguno de estos laudos fuera ejecutable, debiendo promover el prior y los cónsules que las partes se avinieran a alcanzar una transacción, designar otro tercero en discordia o celebrar un nuevo compromiso (art. 75).

8. La nulidad, la apelación y la reducción a arbitrio de buen varón del laudo

En las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz se distingue la nulidad del laudo de los recursos de apelación (frente al laudo del árbitro) y de reducción a arbitrio de buen varón (frente al laudo del

arbitrador). Su art. 79 aclara la diferencia entre la una y los otros al disponer (101) :

No ès lo mismo nulidad que los recursos de apelacion ò reduccion ã arbitrio de buen varon; porque aquella consiste en la transgresion de facultades, materia comprometida, ò condiciones racionales del compromiso, y los puntos de una apelacion ò nuevo conocimiento son respectivos ã la justicia o injusticia del mismo Laudo que se pronuncia; por lo que cuidaran el Prior y Consules que las partes no confundan estos conceptos, y que instruyan sus recursos bien esplicados y terminantes.

En este precepto se establecen, como motivos de nulidad la transgresión de las facultades concedidas a los árbitros en el compromiso, de la materia comprometida y de las condiciones impuestas a los árbitros en el compromiso.

En relación con el primero de estos motivos y en línea con la idea de celeridad del procedimiento que inspira estas reglas de arbitraje, el art. 45 (como hiciera después el art. 30.2º LA 1988) estableció la nulidad del laudo dictado fuera de plazo; pues, a partir de entonces, se entendían expiradas las facultades concedidas por las partes a los árbitros (102) .

En relación con el segundo de los motivos de nulidad del laudo (la transgresión de la *materia comprometida*) el art. 64 dispuso que la jurisdicción arbitral —en tanto institución basada en la voluntad de las partes— quedaba delimitada por los términos del compromiso, tanto en lo que se refiere al objeto del arbitraje como, de nuevo, en lo que se refiere al plazo para laudar (103) . Resulta interesante observar que en este artículo se identificaba la incongruencia *extra petita* (*dar resolución sobre lo que expresamente no se pide*) con un *obrar fuera del compromiso*; lo que, trasladado a nuestros días, supondría incardinar esa incongruencia en el motivo de anulación del laudo previsto en el art. 41.1º.c) LA 2003. En esta misma línea, el art. 46 de estas reglas ordenaba la nulidad parcial del laudo cuando los árbitros se excedieran resolviendo sobre algo no comprometido, quedando subsistente el resto del laudo.

Y en relación con el tercero de estos motivos de nulidad (la transgresión de las *condiciones racionales del compromiso*) los artículos 47 y 48 dispusieron que sería nulo el laudo dictado sin respeto a la condición que las partes hubieran establecido de que los árbitros o arbitradores consulten con personas de inteligencia y probidad, u otras condiciones mediante las que se modifiquen las facultades de dichos compromisarios, siempre que no fueran contrarias a la equidad y la justicia.

Como hemos adelantado, se estipuló que —una vez intimado el cumplimiento del laudo— la parte que pretendiera su nulidad debía instarla en el plazo de veinticuatro horas, momento a partir del cual se le entregaría el expediente arbitral para que en tres días expusiera los motivos de nulidad. La adversa entonces tenía un plazo igual para oponerse a la nulidad del laudo tras lo cual —*sin más audiencias ni demora*— se resolvería por auto definitivo (art. 78).

Después de la nulidad, las reglas arbitrales gaditanas regulaban los recursos de apelación y reducción a arbitrio de buen varón, que, si se interponía frente a un laudo conforme, no tenían efecto suspensivo (art. 80) y no se tramitaban si el laudo no era obedecido (art. 81).

La regulación de estos dos recursos se hacía partiendo de la idea de que no es *imposible que los compromisarios y aun el Tercero se equivoquen en sus ideas y determinen con injusticia*. Además, se permitían estos recursos aunque las partes hubieran jurado, como era usual, *estar y pasar por la resolución conforme de los Arbitros Àrbitradores ò Tercero en discordia, con renuncia de los recursos de apelacion y reduccion, siempre y cuando ninguno de dichos recursos debiera despreciarse por temerario, infundado ò ser mui leve el perjuicio que se reclama* (art. 83).

Los motivos para la interposición de estos recursos se contemplaban en el artículo 84 —que de paso establecía una prelación de fuentes en toda regla— al disponer:

Se estimarà insolida la apelacion ò reduccion ã arbitrio de buen baron quando no se funde prudentemente en articulo de ordenanza; Real orden posterior ã ella, ò Ley del Reyno en defecto de una y otras disposiciones, y se entenderà mui leve perjuicio el que no llegue ã la decima parte del interes pretendido.

La tramitación de estos recursos era la ordinaria, siempre que hubiera necesidad de practicar prueba. Caso contrario, solo se permitía a las partes la presentación de *uno o dos escritos*, procediéndose después a resolver con carácter definitivo (art. 81).

Cuando fueran admisibles el recurso de apelación o el de reducción a arbitrio de buen varón, si la ejecución del laudo empezara antes de resolverse el recurso (ejecución provisional) el ejecutante debía dar fianza, para asegurar los eventuales perjuicios que la ejecución pudiera ocasionar (art. 85).

Finalmente, cabe indicar que frente al laudo dictado por el prior y los cónsules (posibilidad a la que ya hemos aludido) en las reglas arbitrales gaditanas solo se preveía el recurso por lesión enormísima o vulneración de la ordenanza, del que conocería el *Juez de Alzadas con Adjuntos* (art. 18) y que frente a la sentencia del prior y los cónsules que confirmara el laudo no se admitía suplicación, aunque sí frente a la que lo revocara (art. 82).

V. CONCLUSIÓN

Las circunstancias durante el Cádiz del Consulado fueron muy favorables al arbitraje, siendo la fórmula preferida por sus comerciantes para evitar *las vías del feroz papel sellado*. El arbitraje era conocido y aceptado por la población en general, hasta el punto de que en la prensa y en la literatura de la época aparecían menciones a esta institución.

En este contexto, existiendo por entonces una regulación mercantil anticuada y poco adaptada a las necesidades de los comerciantes, el Consulado impulsó la redacción de unas nuevas Ordenanzas, que fueron elaboradas con base en la práctica y en las que se incluyeron unas reglas arbitrales modernizadoras.

Partiendo de la premisa de que *los juicios compromisarios son los mas proporcionados para el sencillo metodo que exigen las circunstancias del comercio*, en las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz se reconoció un derecho innato al arbitraje, tanto a nacionales como a extranjeros, hombres y mujeres,

siempre que pudieran negociar. Y a la hora de designar árbitro o arbitrador se antepuso su disponibilidad e inteligencia, frente a las cuestiones de género. Cabe destacar también que se ampliaron las materias susceptibles de arbitraje, se establecieron pocas formalidades a la hora de documentar el compromiso arbitral y se reguló un procedimiento no sujeto a los *ápices y ritualidades del foro*, con plazos extraordinariamente breves.

Es innegable que las Ordenanzas del Consulado de Cádiz y sus reglas de arbitraje fueron producto de un momento de cambio, a caballo entre el Antiguo Régimen —durante el que se desarrolló la jurisdicción mercantil consular— y las nuevas formas de la Ilustración, que a la postre trajeron como consecuencia la desaparición de dicha jurisdicción *de clase*. Como principal residuo de aquellas antiguas normas, en estas reglas de arbitraje se contempló la posibilidad de interponer frente al laudo los recursos de apelación y de reducción a arbitrio de buen varón. Sin embargo, la previsión era que estos recursos fueran resueltos por el prior y los cónsules —es decir, en el seno de la jurisdicción consular impartida por los propios comerciantes— lo que suponía dejar a la jurisdicción real extramuros de los juicios compromisarios, avanzando así en la autonomía de la institución arbitral.

En definitiva, parafraseando a De Castro, las reglas de arbitraje que hemos analizado constituyen una buena obra gaditana, de la que pueden extraerse algunas enseñanzas.

Cádiz, 30 de agosto de 2021

Sigue como *Apéndice* la edición de las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz.

APÉNDICE

Ordenanzas del Real Tribunal del Consulado de Cadiz

[...]

Tratado IV y ultimo.

De las materias comunes a todas clases de Comercios Maritimo, y Terrestre

[...]

Titulo VIII.

De los Juicios Compromisarios

Articulo I. Para evitar los juicios forenses, sus dilaciones, costos y desavenencias que comunmente intervienen, se introdugeron los compromisos, que consisten en la elección de personas para decidir las diferencias, y una obligación reciproca de las partes electoras a estar y pasar por la determinacion dictada en equidad y prudencia.

II. Qualquiera que puede libremente negociar puede comprometer las dudas o diferencias que con otro le ocurran en su giro, y podrá verificarlo por medio de instrumento publico o privado.

III. Ante el Prior y Consules podran las partes en acto de comparecencia celebrar compromiso y tendrá la misma fuerza y vigor que el instrumento público.

IV. Para que el comprometimiento a la Judicial presencia tenga la legitimidad y valor que expresa el articulo precedente bastará que comprenda la determinación de sugetarse al juicio de Jueces Arbitros o Arbitradores, aunque no se haga la eleccion de estos en el acto, reservandose las partes ejecutarlo con mas reflexiva atencion y conocimiento.

V. La nombración de compromisarios no practicada en la comparecencia havrà de verificarse por las partes dentro de un breve termino, que en ella prefijen, y no esplicandolo se entenderà el de ocho dias perentorios, despues de los cuales procuraran compelerlas el Prior y Consules.

VI. Constando la deliveracion del compromiso por documento privado deveran las partes hacer previo judicial reconocimiento de èl antes de la intimacion del laudo y, despues de la contestacion de legitimidad de firmas, se estimaran como Escritura publica.

VII. Por cualquier clase de instrumento, sea solemne ò privado, que aparesca haver resuelto las partes remitir sus diferencias al Dictamen de Jueces Arbitros podran ser compelidos a cumplir lo estipulado; pero el Prior y Consules cuidarán de que anteceda previo reconocimiento.

VIII. Los Apoderados, comisionistas ò factores no podran celebrar compromiso sobre los derechos e intereses de sus poderdantes ò comitentes sin expresa facultad para ello ù al menos la general clausula ù expresion de que se versen en el giro encargado y sus dudas incidentes como lo harian en causa propia.

IX. Todas las ocurrencias en materias mercantiles podran comprometerse porque ninguna esta comprendida en las prohibiciones de derecho; y los juicios compromisarios son los mas proporcionados para el sencillo metodo que exigen las circunstancias del comercio.

X. Haviendose concedido al Tribunal de Àlzadas Jurisdiccion criminal en los asuntos mercantiles por Real resolucion de 10 de julio de mil ochocientos; se declara que no podrá comprometerse el punto del delito pero si el interès ò daño que resultò al actor ù otro tercer interesado.

XI. Aunque serà lo mas conveniente que al principio se sugeten las materias mercantiles a compromisos podran en cualquier tiempo verificarse sin embargo de estar pendiente *litis* ò haverse dado sentencia en primera instancia.

XII. Despues de egecutoriado un auto definitivo se supone cierto el derecho de aquel en cuyo favor fue dado y por consiguiente no podrá comprometerse la causa; pero si serà permitido a las partes el convenirse sobre el modo del cumplimiento para evitarse perjuicios.

XIII. Por Jueces Arbitros podran elegirse toda clase de personas inteligentes en la materia que se compromete segun el concepto de la parte que lo nombre.

XIV. Hecha la nominación por los interesados quedaran subsistentes sus respectivos nombramientos y no se admitirá recurso en contra ni solicitud de recusación no interviniendo causa superveniente o savida con posterioridad a la elección.

XV. Nombrando cada uno de los interesados el Juez Arbitro, o Arbitrador, que tenga por conveniente no admitiran el Prior y los Consules instancia de recusación de una parte contra el que fuè electo por otra mediante a no ser su voto decisivo sino en conferencia y concurso con su Juez en la causa.

XVI. Puede suceder, que los interesados dando sus facultades al Prior y Consules cedan la accion al Tribunal de nombrar Jueces Arbitros, o que sea forzoso lo egecute por la morosidad de las partes u alguna de ellas; en cuyas circunstancias se admitirá recusación contra los electos previo conocimiento de causa y vajo el orden establecido en las recusaciones de consules.

XVII. Los Letrados podran ser Jueces Arbitros o Arbitradores, y lo mismo las personas del Estado Eclesiastico secular, y aun aquellos menores de edad, que egerzan publicamente el comercio por consentimiento de sus Padres o Real Gracia pues en esto la principal circunstancia que obra es la satisfaccion de la parte que elige.

XVIII. Aunque por el caracter de Jueces no podran serlo arbitros el Prior y Consules, será permitido a las partes el deferir al arbitrio del Tribunal de comun acuerdo, y como arbitrador laudará sin admitirse otro recurso que el de una lesion enormissima u oposicion a capitulo de ordenanza, y conocerá de el el Juez de Alzadas con Adjuntos.

XIX. El comerciante que se halle en actual egercicio de Prior o Consul no podrá ser Juez arbitro ni Arbitrador mientras subsista en su Ministerio, y será nulo qualquier nombramiento que contra esta disposicion se haga.

XX. Podran tambien convenir las partes en un solo individuo, comprometiendo en el la decision de la causa, con expresa manifestacion de ser de la reciproca satisfaccion de ambos, y no podran recusarlo sin causa superveniente y savida con posterioridad al nombramiento.

XXI. Aunque los Decoctos carecen de voz activa y pasiva en el Comercio aquellos que hubieren sido declarados inculpables podran ser Jueces Arbitros, o Arbitradores pues para este encargo bastan las qualidades de inteligencia y notoria integridad del individuo que se nombra.

XXII. Seran perpetuamente excluidos de la confianza de Arbitros o Arbitradores aquellos comerciantes, que en sus quiebras se hayan declarado culpables de qualquier forma y los mismo las Personas aquienes por defecto natural o nota proveniente de delito prohíbe el derecho toda Judicatura.

XXIII. Aunque los Arbitros y Arbitradores no son rigurosa y legalmente Jueces porque no tienen autoridad publica, estan en lugar de tales por la eleccion de las partes, que voluntariamente se someten a sus determinaciones y es por consiguiente libre de conferir este encargo, y el admitir la obligacion de su desempeño, sinque ninguno pueda sr compelido a aceptarlo.

XXIV. La aceptación deberá ponerse en el instrumento del compromiso con firma entera de los Jueces nombrados y lo mismo la nota de no admitir el nombramiento de Arbitro.

XXV. Como los hechos esplican las intenciones mejor que las palabras, si algun Àrbitro o Arbitrador diere principio à egercer sus funciones se entenderà que aceptò, aun que no aparesca del Ynstrumento en la forma preceptuada.

XXVI. La admision de el Documento del compromiso, y papeles de las partes reteniendolos algun Juez nombrado en su poder el termino de ocho dias, se entenderà por aceptación tàcita, y causará los mismos efectos que la expresa y subscripta en el instrumento.

XXVII. Despues de aceptado el nombramiento de Àrbitro ò Arbitrador, havrà de desempeñarse compeliendo à ello el Prior y Consules por todo rigor de derecho, y sin permitir morosidades.

XXVIII. Podrà haver justas causas para que el Arbitro y Arbitrador se exima de serlo, aunque haya empezado el conocimiento, y se graduaran tales, la forzosa necesidad de emprender ausencia interesante; la superveniencia de enfermedad aguda y dilatada ò perjuicios incidentes ù imprevistos que hayan de resultar al Juez por la continuacion de este encargo en el compromiso.

XXIX. Ocurriendo alguna de las causas expresadas podrá representar lo el Arbitro ò Arbitrador à quien acaesca al Prior y Consules, y estos certificandose de la verdad alegada por secretos informes admitiran o desecharan el desestimiento segun estimen de justicia, pero sin forma de juicio.

XXX. Si contra la providencia del Prior y Consules intentare recurso à Alzadas el Arbitrador ò Arbitro à quien se denegò el desestimiento, conocerà con Àdjuntos, à quienes pasaran el Prior y Consules secreto informe del que tomaron para resolver en cuya vista y de las ulteriores noticias que puedan adquirir determinaran, dentro de ocho dias sin forma de juicio ni admitir revista de su Providencia.

XXXI. Para evitar la instancia de que tratan los dos articulos precedentes, desde que sea propuesta al Prior y Consules se le notificarà à la parte, para que en el acto manifieste si consiente en el desestimiento del Juez, que nombrò; pues en este caso se deferirà à èl sin examinar la causa; pero si lo resistiese se decidirà por el Orden expresado, y sin su audiencia.

XXXII. En quanto al modo de conocer las causas de recusacion justa se observaran las disposiciones contenidas en el Titulo octavo Tratado Tercero, desde el articulo cinquenta y cinco al sesenta y dos ambos inclusos.

XXXIII. No ès lo mismo Juez Arbitro, que Arbitrador. Ambos comunen en que no estan sugetos à observar los apices, y ritualidades del foro; pero se diferencian, en que el primero debe arreglar su decision à terminos de derecho, y el segundo puede resolver atendiendo solo al concepto de equidad y à evitar costos, enemistades, y perjuicios, que ocasionan los litigios.

XXXIV. Aunque el Arbitrador tiene por caracter esencial de sus facultades las que describe el articulo precedente, no tendran lugar quando haya Ordenanza ò Ley claramente adaptable, sino en el conflicto de duda, y entonces es quando se verifica la livertad de la comun clausula, en que los

compromitentes le permiten quitar ã una parte, y dar ã otra segun lo estime por conveniente, pero observara siempre la equidad y los fines primitivos de su encargo.

XXXV. En los compromisos generalmente se nombran Jueces Arbitros Arbitradores; pero no podran usar en la decision las facultades propias de la última investidura, si no en las circunstancias, que explica el articulo precedente.

XXXVI. Las partes comprometentes havran de entregar ã los Jueces un expuesto manifestativo de su Justicia con los documentos justificativos de ello dentro de ocho dias perentorio despues de la aceptacion, y si huviere necesidad de alguna prueba podran promoverla por memorial presentado ã dichos Àrbitros, entendiendose lo mismo de qualquier declaracion, exivicion de documento, confrontacion con Libros ü otra diligencia que dichos Àrbitros Arbitradores consideren indispensable, para formar un recto juicio.

XXXVII. No podran los Jueces compromisarios practicar por si ni las diligencias de oficio, ni las solicitadas por las partes, de todo lo qual habla el articulo precendente, sino que deveran pasar oficio suplicatorio al Prior y Consules con el ramo formado, y por su legitima autoridad judicial se procederà à la egecucion de lo pretendido.

XXXVIII. Ynterin se practican las diligencias de que habla el articulo que antecede, se entenderà suspenso el termino concedido en el compromiso para laudar, porque la detencion que ocasiona no pende de los Jueces Arbitros Arbitradores, y ès necesaria para tener completos datos sobre que determinar.

XXXIX. En todo compromiso, sea por documento privado, judicial ò publico, havrà de explicarse con claridad la duda ò puntos, que se comprometen con determinada prefixacion del termino, en que deven los compromisarios conocer y laudar, y no expresandolo serà el preciso tiempo de quatro meses, contados desde la aceptacion, en el que devan resolver.

XL. Serà obligacion de los Jueces Àrbitros Arbitradores pedir ã las partes, que expliquen las dificultades que comprometen si no las advierten bien expuestas en el Documento de compromiso. Esto havran de egecutarlo sin demora, y por otro instrumento de igual clase; e interin lo verifican, ni los compromisarios podran proceder ni les correrá el termino que prefixa esta ordenanza, de que les hayan señalado las partes.

XLI. El Laudo de los Àrbitros podrá extenderse y firmarse aunque sea en dia festivo de la mayor solemnidad, pero nõ el de los Àrbitros sin una urgentisima causa, qual lo seria el fenecer el termino y no haver podido antes poner Sentencia por indisposicion ü otro legitimo impedimento de alguno de los Jueces.

XLII. Quando sean dos ò mas los Àrbitros ò Arbitradores, aunque cada uno por si ha de inspeccionar los meritos de Justicia, que tengan las pretensiones de las partes; despues havran de juntarse al menos una vez para conferenciar las dificultades, y formar la resolucion ultima.

XLIII. Si en la conferencia que dispone el articulo que precede se uniformasen los dictámenes, desde

luego se podrá proceder a la extensión del Laudo; pero si se mantuviesen dispersos pondrá cada uno el suyo con arreglo a su parecer, expresando que lo hace en discordia de sus compañeros.

XLIV. No podrán los Compromisarios Arbitros ni Arbitradores tratar otra materia que la comprometida; dar resolución sobre lo que expresamente no se pide ni exceder el término señalado, o el que en su defecto prefija esta Ordenanza; por que esto es observar la forma del compromiso y fuera de ella no obran las facultades concedidas.

XLV. Los Árbitros o Arbitradores, que laudaren fuera del término de Ordenanza o constituido por las partes obraran con nulidad notoria, y aunque se hayan ceñido a la materia y puntos comprometidos, la determinación quedará sin efecto alguno por ser dada en tiempo, en que habían ya espirado las facultades.

XLVI. Como lo útil no debe viciarse por lo inútil, quando lo uno puede separarse de lo otro; si los Jueces Árbitros o Arbitradores laudasen dentro del término debido, pero se excedieren resolviendo, lo que no fue expresamente comprometido: esto será nulo; pero quedará subsistente lo demás en que no hubo exceso.

XLVII. Podrán los comprometidos establecer todas aquellas condiciones que no sean contra equidad y justicia, y terminen al mayor bien de sus intereses, y siendo de esta clase, la de que consulten las dificultades con Personas de inteligencia y probidad serán obligados forzosamente a ejecutarlo expresando en el Laudo, que han tomado parecer de hombres de conciencia y ciencia en la materia que resuelven.

XLVIII. Estableciendo las partes la condición de que habla el artículo precedente, u otra relativa a modificar las facultades, que conceden, si se justificase, que no se purificó y observó la condición; el Laudo será nulo aunque solo tenga este defecto.

XLIX. Al modo que los comprometidos pueden usar francamente del derecho innato que tienen para someterse a uno, dos o más individuos en la resolución de sus diferencias interesantes dentro de los términos de equidad y justicia; así también debe quedar libre el juicio de los Arbitros, y Arbitradores para que obren según su conciencia, atendidas todas las circunstancias, el fin del compromiso, y el bien de las partes, y no podrá precisarseles a que sigan el parecer de determinada Persona, cuya condición como irritante se declara nula.

L. Suele acaecer que en los Documentos del compromiso, se de facultad a los Arbitros y Arbitradores, para que pueda prorrogarse el término, por el que necesiten, y con el fin de evitar las demoras que la voluntaria inacción o la malicia preparan, se establece y manda a beneficio del bien público, que sin embargo de una limitada concesión no puedan prorrogarse más tiempo el conocimiento, que por otro igual al término que les fuere prescripto.

LI. Tendrán los comprometidos particular cuidado en dedicar su atención a la causa, que aceptaron, de modo, que puedan dar su Laudo dentro del término prescripto y si previeren, que no ha de bastarles serán obligados a pedirlo a los comprometidos por quienes podrá prorrogarse.

- LII. Aun quando las partes no hayan señalado termino ã los compromisorios, y estos obren en el que prescriben esta Ordenanza; si ocurriesen las circunstancias de que habla el articulo antecedente, podran los compromitentes prorrogarlo sin embargo de no haverlo prescripto en el principio.
- LIII. Toda prorrogacion de termino que hagan los compromitentes, deverà ser por instrumento de igual clase al del compromiso, y si los Jueces Arbitros Arbitradores en virtud de facultades, que tengan para ello, se lo prorrogasen, deveran hacerlo ã continuacion del citado documento de compromiso por declaración que firmen ã presencia de las partes, ò sus representantes quienes tambien suscribieran para que conste.
- LIV. Conociendo los compromitentes ò alguno de ellos, que los Jueces Arbitros Arbitradores proceden con morosidad, y que no podran cumplir por inaccion en el termino devido, si ocurriesen al Prior y Consules cuidaran estos de apremiar por todo rigor de derecho a los compromisarios hasta que desempeñen el encargo que aceptaron.
- LV. Aunque los puntos comprometidos sean varios, havrian de determinarse en un solo Laudo, ã menos que otra cosa no se conceda con expresion clara en el compromiso.
- LVI. Podran los Jueces Àrbitros Arbitradores señalar termino para el cumplimiento de su sentencia, quando esta no exija un tracto succesivo como es el desempeño de alguna obligacion de hacer alguna cosa ò terminar alguna dependencia; aunque si permite un prudente plazo podran designarlo.
- LVII. Siendo tan frecuentes las discordias en los compromisos serà obligacion de las partes nombrar un tercero, que las dirima, en el mismo instrumento, ò dar en el facultad ã los Jueces arbitros Àrbitradores para que lo elijan.
- LVIII. Contra el tercero en discordia que fuese electo por los compromitentes, no se admitira recusacion sino por causa superviniente, ò savida con posterioridad ã la eleccion, y tanto en el orden de substanciar como en la graduacion de causas legitimas se guardará lo prevenido en este Titulo, hablando de los Jueces Arbitros Àrbitradores.
- LVIII. Quando las partes no hayan nombrado Tercero, ni dado facultad ã los Àrbitros para que lo ejijan, las compeleran aque hagan el nombramiento dentro de ocho dias perentorios el Prior y Consules entendiendose lo mismo respecto de los Compromisarios, que tengan poder de hacerlo, y sean morosos.
- LX. Los Jueces Arbitros Arbitradores facultados para elegir Tercero, no podran ceder esta facultad en otro ni en el mismo Tribunal; pero si las partes quando deban proceder a su nombramiento.
- LXI. En reveldia de los compromitentes ò de los Arbitros Arbitradores procederan el Prior y Consules ã elegir Tercero y serà recusable todo el que con qualquier motivo nombre el Tribunal vajo el mismo orden y reglas, que lo son los compromisarios teniendo presente para su observancia lo dispuesto en los articulos diez y seis, y treinta y dos de este Titulo.

LXII. Siendo dada la conformidad la sentencia de los Arbitros ò Arbitradores, serà executiva, si la parte contra quien terminare, no cumpliese la determinacion del Laudo dentro de quarenta y ocho horas ò no se hallanase al obedecimiento quando el Laudo señale termino para puntualizar lo mandado.

LXIII. Dada que sea la determinacion de los compromisarios, deveran estos remitir el expediente al Prior y Consules por quienes se citarà ã las partes ã comparecencia y en ella se les intimarà el Laudo, previo el reconocimiento del compromiso, si estuviere extendido en papel privado.

LXIV. Procuraran el Prior y Consules evitar todo litigio convenciendo ã los comprometentes al justo cumplimiento del Laudo uniforme; pero en su defecto despacharan execucion ã instancia del interesado, si asi lo pretendiere, ò compeleran al renuente por via de apremio, sin darle audiencia ni admitir recurso hasta que obedesca.

LXV. Suelen los comprometentes imponerse mutua pena convencional contra el que no puntualizase el Acorde Laudo de los Jueces en cuyas circunstancias se declara que por el echo de resistirse ã cumplir el individuo contra quien fuè dado, se le exigirà dicha multa por via de apremio.

LXVI. Sin embargo de la exaccion de la multa, en el caso de que habla el precedente articulo se procederà al apremio ò egecucion para el cumplimiento de lo laudado, ã menos que las partes en el documento de compromiso no se hayan obligado solo al pago de la multa exonerandose con esto de puntualizar la sentencia compromisaria.

LXVII. La excepcion ò pacto especial de que trata el antecedente articulo serà necesario que conste tan expresamente articulada en el instrumento de compromiso que no pueda dudarse del animo, y obligacion sola aque quisieron ligarse las partes; pero faltando esta explicacion clara, ademas del pago de la multa, se entenderàn comprometidos ã la obediencia de lo determinado.

LXVIII. Estando discordes los laudos, mandaran el Prior y Consules ã las partes, que nombren tercero ò ã los Jueces Àrbitros Àrbitradores, si estuvieren facultados para ello, lo que verificaran *apud acta*, y se pasará el expediente, al que fuere elegido, ò lo estuviere desde el principio en el compromiso.

LXIX. Para dirimir la discordia se entenderà concedido al tercero la mitad del termino que señalaron los comprometentes ã los Jueces, y en su defecto, la del que les prefija esta ordenanza.

LXX. Conviniendo el dictamen ò Laudo del Tercero con el de alguno de los Àrbitros ò Àrbitradores, tendrá el mismo vigor y fuerza que si hubiese sido dado uniformemente por estos.

LXXI. Suelen los comprometentes establecer en el nombramiento del Tercero, que agregue su voto al dictamen ò determinacion de qualquiera de los Arbitros Arbitradores, el que mejor le parezca, obligandose ã puntualizar el conforme parecer de los dos; en cuyas circunstancias, para evitar dudas y litigios se declara, que esta uniformidad no es necesario que sea omnimoda, para que tenga todo el valor, que las partes quisieron darle, y deve haver segun el articulo que antecede, sino que bastará que se conforme con el Laudo que mejor le paresca en quanto lo permita el concepto de Justicia, y equidad que haya formado.

LXXII. Porque no pueda dudarse qual deva entenderse la conformidad prudente y equitativa del Tercero de que habla el articulo precedente se declara, que siendo la dificultad principal, en que consiste la diferencia de las partes, una e individual, como por exemplo la validacion ò insubsistencia de un contrato, adoptando el tercero la resolucion del Àrbitro o Arbitrador que mejor le paresca, aunque se aparte de voluntaria modificacion que haya querido usar, se estimarà haver llenado sus deveres; estar su Laudo racionalmente conforme, y deverse cumplir por apremio ò egecucion.

LXXIII. Siendo varias las dificultades comprometidas, y que hayan resuelto diversa ù opuestamente los compromisarios; si el Tercero en discordia adoptase en ciertos puntos la determinacion de uno, y en otras la de su con-Juez, su Laudo se estimarà conforme; porque esto es verdaderamente dirimir discordias, y el propio oficio de un Tercero, à quien toca el Juicio discretivo en la oposicion de distintos pareceres.

LXXIV. Por regla general se establece que todo Tercero en discordia havrà de observar las condiciones del compromiso segun deven entenderse conforme las declaraciones que preceden, y las comprendidas como principios inviolables en los articulos quarenta y siete, quarenta y ocho, y quarenta y nueve de este Titulo.

LXXV. Quando la materia comprometida sea susceptible de tres dictamenes enteramente distintos, y fueren assi los Laudos de los compromisarios y Tercero, ninguno serà egecutable, ni digno de apremio, y en tales circunstancias procuraran el Prior y Consules à abenir las partes à una transaccion amistosa ò en su defecto à que nombren nuevo Tercero ò celebren otro compromiso.

LXXVI. Consistiendo la dificultad comprometida en reparacion de daños y perjuicios, ù otra semejante, que penda de graduacion prudente, aunque los tres Laudos sean diversos en la cantidad, que determinen por exceso gradual; como por exemplo si un compromisario declarò ser justa compensacion diez mil Reales plata, otro quince, y el Tercero en discordia veinte, por el menor importe havrà conformidad y sentencia, que deve cumplirse por apremio ù egecucion si la pretendieren.

LXXVII. En el suceso y circunstancias que describe el precedente articulo, si el Laudo del Tercero señalase una cantidad media entre las graduadas por los Arbitros Arbitradores, como por exemplo doce mil Reales de plata en lugar de los diez y quince que aquellos determinaron, el Laudo del Tercero se estimarà conforme, y havrà de cumplirse por apremio ù egecucion si los compromisarios fueron ò procedieron como Arbitradores, pero nõ si obraron por la representacion de arbitros, en cuyo evento serà subsistente la Sentencia de la menor suma segun se hà establecido anteriormente.

LXXVIII. Yntimada la Sentencia de los compromisarios ò del Tercero, si alguna de las partes intentare nulidad de ella havrà de pedirla dentro del preciso termino de veintte y quatro horas utiles, se le entregará el Expediente, para que dentro de tercero dia exponga los fundamentos; y dando traslado al interesado opuesto por igual plazo, se llamaran los autos à la vista, y sin mas audiencias ni demora determinarà el punto de nulidad por auto definitivo.

LXXIX. No ès lo mismo nulidad que los recursos de apelacion ò reduccion ã arbitrio de buen varon; porque aquella consiste en la transgresion de facultades, materia comprometida, ò condiciones racionales del compromiso, y los puntos de una apelacion ò nuevo conocimiento son respectivos ã la justicia o injusticia del mismo Laudo que se pronuncia; por lo que cuidaran el Prior y Consules que las partes no confundan estos conceptos, y que instruyan sus recursos bien esplicados y terminantes.

LXXX. La apelacion propiamente termina contra Sentencia de Juez arbitro, y la reduccion ã arbitrio de buen baron contra la de Arbitradores, y los respectivos Terceros en discordia de estas clases. El conocimiento privativo de uno y otro toca al Prior y consules, y no tendran efecto suspensivo estos recursos quando se propongan contra Laudo conforme, sea por uniformidad de los compromisarios, ò por la que resulta de la sentencia del Tercero, segun queda explicado.

LXXXI. Obedecido, que sea el Laudo empezará el conocimiento de los recursos, que expresa el articulo antecedente, y será en la forma ordinaria habiendo urgente necesidad de prueba; pero si no ha hubiere bastarán uno ò dos Escritos de cada parte, con lo que se procederá ã resolver definitivamente.

LXXXII. Siempre que la sentencia del Prior y consules declare justo el Laudo contra que fuè instruido el recurso si se confirmase en el Tribunal de Àzadas, no havrá suplicacion; pero si se revocase deberá admitirse.

LXXXIII. Las partes en sus contratos y compromisos, aunque intenten la paz, y no violar la buena fe, no obran con animo de abrazar sus perjuicios si no de buscar la equidad, y una decision que los liverte de los daños que les amenaza la diferencia, que les divide; por lo que se declara que no siendo imposible que los compromisarios, y aun el Tercero se equivoquen en sus ideas y determinen con injusticia; la clausula de los compromisos en que se obligan ã estar y pasar por la resolucion conforme de los Arbitros Àrbitradores ò Tercero en discordia con renuncia de los recursos de apelacion y reduccion, no impedirá que se instruyan y admitan, aunque sea jurada, siempre que dicho recurso no deva despreciarse por temerario, infundado ò ser mui leve el perjuicio que se reclama.

LXXXIV. Se estimará insolida la apelacion ò reduccion ã arbitrio de buen baron quando no se funde prudentemente en articulo de ordenanzas; Real orden posterior ã ella, ò Ley del Reyno en defecto de una y otras disposiciones, y se entenderá mui leve perjuicio el que no llegue ã la decima parte del interes pretendido.

LXXXV. En todos los casos en que sean admisibles los recursos de apelacion ò reduccion ã arbitrio de buen baron, si la sentencia compromisaria, ò del Tercero se executase antes de empezar aquel conocimiento, por tener la conformidad y circunstancias precisas, havrá de darse fianza correspondiente para asegurar las resultas del nuevo juicio, con respecto ã los intereses entregados.

[...]

Para la devida constancia assi lo firmo en Cadiz a veinte y tres de diciembre de mil y ochocientos.

Geronimo Quintanilla Perez

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS MÁRQUEZ, M. M., «Escuela de Comercio del Consulado Gaditano», *Trocadero*, 1 (4), UCA, 1992.
- BOUCHER, P. B., *Manuel des Arbitres ou Traité Complet de L'Arbitrage, tant en matière de commerce qu'en matière civil*, París, Arthus Bertrand, libraire, París, 1807.
- BUSTOS RODRÍGUEZ, M., «El traslado de la Casa de la Contratación y del Consulado de Indias y sus efectos en el contexto de la nueva planta de la Marina y del comercio americano», en *Studia Historica. Historia Moderna*, 39 (2017), Universidad de Salamanca.
- BUSTOS RODRÍGUEZ, M., *Cádiz en el sistema atlántico*, Universidad de Cádiz y Sílex ediciones, 2005.
- BUSTOS RODRÍGUEZ, M., *El Consulado de Cargadores a Indias en el S. XVIII (1700–1830)*, Ed. UCA, Cádiz, 2017.
- CARRASCO GONZÁLEZ, M. G., *Comerciantes y casas de negocios en Cádiz, 1650–1700*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1997.
- CARRASCO GONZÁLEZ, M. G., «Los instrumentos del comercio colonial en el Cádiz del siglo XVII (1650–1700)», *Banco de España, Estudios de Historia Económica*, n.º 35 — 1996.
- CARRASCO GONZÁLEZ, M. G., «Los corredores de lonja de Cádiz y Jerez de la Frontera (Siglos XVI–VIII)», en *Trocadero*, 1(8–9), Universidad de Cádiz, 1996–1997.
- CONSULADO DE CARGADORES A INDIAS, *Ordenanzas para el Prior y Cónsules de la Universidad de Cargadores a Indias de la ciudad de Cádiz*, Reimpresas en Cádiz por D. Antonio Murguía, 1803.
- DAVID, R., «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, n.º 1, Janvier–mars, 1959.
- DE LANTERY, R., *Un comerciante saboyano en el Cádiz de Carlos II: (Las memorias de Raimundo de Lantery, 1673–1700)*, Caja de Ahorros de Cádiz, 1983.
- DE LA CRUZ Y BAHAMONDE, N., *Conde de Maule, Cádiz y su Comercio* (Tomo XIII del viaje de España, Francia e Italia, Cádiz, 1813, reedición de la Universidad de Cádiz, 1996).
- DEL VAS MINGO, M. M., «Los Consulados en el tráfico indiano», en «Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica», José Andrés–Gallego (Dir .), 2005.
- DIVAR GARTEIZ–AURRECOA, J., «Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 10, n.º 22, 2011.

GACTO FERNÁNDEZ, E., «Historia de la jurisdicción mercantil en España», *Anales de la Universidad Hispalense*, Universidad de Sevilla, Serie Derecho, n.º 11, 1971.

GARCÍA GIMÉNEZ, R., «Pedro Sainz de Andino», en *Diccionario Biográfico electrónico de la Real Academia de la Historia*.

GARCÍA–MAURIÑO MUNDI, M., *Pugna entre el consulado de Cádiz y los jenízaros por las exportaciones a Indias (1720–1765)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999.

GIRARD, A., *La rivalité commerciale et maritime entre Séville et Cadix jusqu'à la fin du XVIII siècle*, París y Burdeos, E. de Boccard, Féret & Fils, 1932.

HEREDIA HERRERA, A., «Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias, en Sevilla y en Cádiz», *Anuario de Estudios Americanos*, t. 27, Sevilla, 1970.

HEREDIA HERRERA, A., «Guía de los fondos del Consulado de Cargadores a Indias», *Archivo hispalense: Revista histórica, literaria y artística*, t. 60, n.º 183, Diputación Provincial de Sevilla, 1977.

HEREDIA HERRERA, A., «Archivística e Historia se dan la mano: tercer centenario del traslado del Consulado de Cargadores a Indias», *Historia y archivos: estudios en homenaje a D.ª Remedios Rey de las Peñas*, Elena E. Rodríguez Díaz, Antonio Claret García Martínez (Eds.), 2020.

HEREDIA HERRERA, A., «El Consulado Nuevo de Sevilla y América», en «*Actas de las V Jornadas de Andalucía y América* (Universidad de Santa María de la Rábida, marzo 1985)», Ed. Escuela de Estudios Hispano–Americanos de Sevilla, 1986 .

HEREDIA HERRERA, A., «Historia de un depósito documental: el archivo del Consulado de cargadores en Sevilla», en *Andalucía y América en el siglo XVI: actas de las II Jornadas de Andalucía y América*, [celebradas en la] (Universidad de Santa María de la Rábida, marzo, 1982) / coord. por Bibiano Torres Ramírez, José J. Hernández Palomo, vol. 1, 1983.

HEREDIA HERRERA, A., «Las elecciones en el Consulado de Cargadores a Indias: nuevas perspectivas sobre la rivalidad Sevilla–Cádiz», en *Primeras Jornadas de Andalucía y América*, I, 1982.

HEREDIA HERRERA, A., «Los dirigentes oficiales del Consulado de Cargadores a Indias», en «*Andalucía y América en el Siglo XVII: actas de las III Jornadas de Andalucía y América*, [celebradas en la] Universidad de Santa María de la Rábida, marzo, 1983», vol. 1, 1985.

HEREDIA HERRERA, A., «Los modelos andaluces de las Ordenanzas de los Consulados de comercio borbónicos», en *Actas de las VII Jornadas de Andalucía y América*, Sevilla, 1990, t. II.

HEREDIA HERRERA, A., «Reglamentos y Ordenanzas del Consulado de Cádiz en el siglo XVIII», en *IV Jornadas de Andalucía y América: Andalucía y América en el Siglo XVIII*, Escuela de Estudios Hispano–Americanos, Sevilla, 1985.

IBÁÑEZ–PACHECO, P., *Cuentos gaditanos*, Cádiz, Gautier Editor, 1876.

INGLIS, G. D. y KUETHE, A. J., «El Consulado de Cádiz y el reglamento de comercio libre de 1765», en *Andalucía y América en el siglo XVIII*, Sevilla, 1985.

JIMENO BORRERO, J., «Arbitraje de compañías sevillanas (siglos XVIII–XIX)», en *Baetica: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, n.º 39, 2019.

JIMENO BORRERO, J., *La sociedad mercantil en Sevilla entre 1747 y 1848*, tesis doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 3 de octubre de 2017.

KUETHE, A.J., «La política real y el traslado del Consulado en tiempos del régimen antiguo», en *Studia Historica. Historia Moderna*, 39, n.º 2 (2017), Universidad de Salamanca.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, 6. *Codificación mercantil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1998.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje, estudio histórico jurídico*, Utrera, Universidad de Sevilla, 1981.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», en *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 15, 1988.

MERINO MERCHÁN, J.F., «La Constitución de 1812 y el arbitraje», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 85, abril de 2012.

PERONA TOMÁS, D.A., *Notas sobre el proceso de la codificación mercantil en la España del siglo XIX*, Madrid, Dykinson, 2015.

PETIT CALVO, C., «Arreglo de Consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español», *Historia. Instituciones. Documentos* (11), 1984.

PETIT CALVO, C., «Españolas gaditanas», en *Quaderni Fiorentini*, 49 (2020).

PETIT CALVO, C., *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

PETIT CALVO, C., «Jerónimo Quintanilla Pérez», *Fondos y procedencias: Bibliotecas en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla: exposición virtual 2013*, coord. por Eduardo Peñalver Gómez, 2013.

PETIT CALVO, C., *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao 1737–1829*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979.

TERÁN GIL, J. y PÉREZ MULET, F., «Cancel de entrada de la Iglesia de San Mateo», en *Puerta de Jerez*, Tarifa, noviembre–diciembre de 2000, n.º 2.

TORRES Y LANZAS, P. y PABLO PASTELLS, P., *Catálogo de los documentos relativos a las Islas Filipinas existentes en el Archivo de Indias de Sevilla por Pedro Torres y Lanzas; precedido de una erudita Historia General de Filipinas por P. Pablo Pastells*, Ed. Compañía General de Tabacos de Filipinas,

Barcelona, 1925.

WALTON, C. S., *Leyes comerciales y marítimas de la América latina comparadas entre sí y con los códigos de España y las leyes de los Estados Unidos de América*, vol. 1, Washington: Imprenta del Gobierno, 1907.

ZARZA RONDÓN, G. d. A., «Mujer y comercio americano en Cádiz a finales del siglo XVIII», en *Revista Dos Puntas*, año IV, n.º 6, 2012.

.....
(1) R. David., «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, nº1, Janvier–mars, 1959, pp. 5–18.

[Ver Texto](#)

(2) P. Ibáñez Pacheco, *Cuentos gaditanos*, Gautier Editor, Cádiz, 1876, p. 45.

[Ver Texto](#)

(3) El propio autor reconoce: *estos cuentos gaditanos (...) humildes anales son / y vulgarísimos ecos / de sucedidos y dichos / de personajes añejos / de la ciudad en que moro, / conocidos todos ellos / por andar de boca en boca / entre la gente del pueblo. / Yo del vulgo los tomé. Vid.. p. iv de la introducción.*

[Ver Texto](#)

(4) *Diario Mercantil de Cádiz*, n.º 24, de 24 de enero de 1808.

[Ver Texto](#)

(5) Se trata de la obra de P.B. Boucher, *Manuel des Arbitres ou Traité Complet de L'Arbitrage, tant en matière de commerce qu'en matière civil*, París, Arthus Bertrand, 1807.

[Ver Texto](#)

(6) *Diario Mercantil de Cádiz*, n.º 1.495, del 6 de septiembre de 1820. Otros ejemplos en el mismo diario pueden encontrarse en el n.º 2.100, de 6 de mayo de 1822 y en el n.º 3.370 del 28 de octubre de 1825.

[Ver Texto](#)

(7) El Consulado de Cádiz centralizó la mayoría de la exportación e importación peninsular con América (76% y 84% respectivamente). *Vid.. M. M. del Vas Mingo, «Los consulados en el tráfico indiano», en Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica*, Ed. Fundación Histórica Tavera, 2005, pp. 30 ss. En sentido semejante, para el período 1778–1796, *vid.. A. Heredia Herrera, «El Consulado Nuevo de Sevilla y América» en Actas de las V Jornadas de Andalucía y América (Universidad de Santa María de la Rábida, marzo 1985)*, Ed. Escuela de Estudios Hispano–Americanos de Sevilla, 1986, p. 291. Y en sentido

semejante, pero en relación con el comercio entre Cádiz y La Habana, *vid.* G. D. Inglis y A. J. Kuethe, «El consulado de Cádiz y el reglamento de comercio libre de 1765», en *Andalucía y América en el siglo XVIII: actas de las IV Jornadas de Andalucía y América : Universidad de Santa María de la Rábida*, Sevilla, Ed. Escuela de Estudios Hispano–Americanos de Sevilla, 1985, p. 93.

[Ver Texto](#)

(8) Principalmente comanditarias y colectivas. *Vid.* M. Bustos Rodríguez, *Cádiz en el sistema atlántico*, Cádiz, Ed. Universidad de Cádiz, 2005, p. 451.

[Ver Texto](#)

(9) En este sentido, específicamente para la ciudad de Cádiz, *vid.* M. G. Carrasco González, *Los instrumentos del comercio colonial en el Cádiz del siglo XVII (1650–1700)*, Madrid, Banco de España, Estudios de Historia Económica, n.º 35, 1996, pp. 55–56, y 63 ss.; y M. Bustos Rodríguez, *Cádiz en el sistema atlántico (...)*, pp. 476–477. En sentido semejante —aunque en relación con los contratos de compañía sevillanos— *vid.* J. Jimeno Borrero, «Arbitraje de compañías sevillanas (siglos XVIII–XIX)», en *Baetica: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, n.º 39, Sevilla, 2019, pp. 301–320.

[Ver Texto](#)

(10) A. Heredia Herrera, «Reglamentos y ordenanzas del Consulado de Cádiz en el siglo XVIII», en *IV Jornadas de Andalucía y América: Andalucía y América en el Siglo XVIII*, Sevilla, Ed. Escuela de Estudios Hispano–Americanos, 1985, pp. 75–76.

[Ver Texto](#)

(11) *Vid.* M. G. Carrasco González, «Los corredores de lonja de Cádiz y Jerez de la Frontera (Siglos XVI – VIII)», en *Trocadero*, 1(8–9), Universidad de Cádiz, 1996–1997, pp. 71–87.

[Ver Texto](#)

(12) Archivo de la CGC, L1, C1ª, doc.9.

[Ver Texto](#)

(13) M. G. Carrasco González, *Comerciantes y casas de negocios en Cádiz, 1650–1700*, Cádiz, Ed. Universidad de Cádiz, 1997, p. 58. Sobre la relevancia de estos extranjeros, *vid.*, entre otros, M. García–Mauriño Mundi, *Pugna entre el consulado de Cádiz y los jenízaros por las exportaciones a Indias (1720–1765)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999.

[Ver Texto](#)

(14) El comerciante, Simón de Ágreda, hablaba de las *Comparecencias que siempre é evitado en los asuntos interesantes de mi comercio*, cuando en 1786 fue llevado ante los tribunales por haber ordenado que se trasladaran sus mercancías hasta la Puerta de Sevilla sin contar con las cuadrillas del Palanquinado. *Vid.* AHN, Consejos, 20224, exp. 1, citado por M. Bustos Rodríguez, *El Consulado de Cargadores a Indias en el S. XVIII (1700–1830)*, Cádiz, Ed. UCA, 2017, p. 459.

[Ver Texto](#)

(15) Así se expresaba Raimundo de Lantery en *Un comerciante saboyano en el Cádiz de Carlos II: (Las memorias de Raimundo de Lantery, 1673–1700)*, Caja de Ahorros de Cádiz, 1983, p. 230; como destaca C. Petit Calvo en *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 54.

[Ver Texto](#)

(16) Art. 1 de las reglas de arbitraje del Consulado de Cádiz que analizaremos más adelante.

[Ver Texto](#)

(17) *Diario Mercantil de Cádiz* del 24 de enero de 1808, antes transcrito.

[Ver Texto](#)

(18) En materia arbitral, las Partidas (1268) fueron parcialmente modificadas por las Ordenanzas dadas por Don Fernando y D.^a Isabel, en Madrid en 1502, y en 1529 por Don Carlos y D.^a Juana en las Cortes de Toledo de 1529 (*Ley de Madrid*). Vid.. A. Merchán Álvarez, *El Arbitraje, estudio histórico jurídico*, Utrera, Universidad de Sevilla, 1981, p. 23 (nota 24).

[Ver Texto](#)

(19) Pedro Sainz de Andino (Alcalá de los Gazules, 11.XI.1786 — Madrid, 24.IV.1863). Jurisconsulto, consejero Real, redactor entre otras leyes del primer Código de Comercio (1829) y de la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio (1830), senador y académico de la Real Academia de la Historia. En 1833 se le otorgó la Gran Cruz de Isabel la Católica. Caballero de la Orden Española de Carlos III. Vid.. R. García Giménez, «Pedro Sainz de Andino», *Diccionario Biográfico electrónico* de la Real Academia de la Historia.

[Ver Texto](#)

(20) Ambos textos legales tienen contenido arbitral. Concretamente, la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de Sainz de Andino dedica el título VI al *juicio arbitral* (arts. 252 ss.). En el Código de Comercio de 1829, del mismo autor, el arbitraje está muy presente, en relación con las sociedades (arts. 323 ss.), la compraventa (art. 369), el ajuste del equipaje (art. 709), el contrato de seguro (arts. 841, 857), los naufragios (art. 989). El proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz que nos ocupa también formó parte de los papeles de trabajo de la Junta o Comisión encargada por Fernando VII de la elaboración de un Código General de Comercio.

[Ver Texto](#)

(21) En relación con el primer borrador de estas Ordenanzas, elaborado por Pedro Muiños, ya se dijo que sus preceptos estaban *cimentados en su mayor parte en la práctica*. A. Heredia Herrera, «Reglamentos y ordenanzas (...)», pp. 65, 71 y 72.

[Ver Texto](#)

(22) Este ejemplar se titula *Ordenanzas del Real Tribunal del Consulado de Cádiz*. Cada uno de los títulos en

que está dividido están cosidos independientemente , con hilo rojo, sin agrupar en tomos. Los tratados, títulos, párrafos y artículos en que se divide esta obra están identificados con numeración arábica, a diferencia de los otros dos ejemplares, de numeración romana. *Vid.*. AGI, Consulados, 59 y 60.

[Ver Texto](#)

(23) P. Torres y Lanzas y P. Pablo Pastells, *Catálogo de los documentos relativos a las Islas Filipinas existentes en el Archivo de Indias de Sevilla por Pedro Torres y Lanzas; precedido de una erudita Historia General de Filipinas por P. Pablo Pastells*, Barcelona, Ed. Compañía General de Tabacos de Filipinas, 1925, p. XLVI.

[Ver Texto](#)

(24) En la actualidad, esta documentación está integrada en la Sección Consulados, del AGI. En relación con esta cuestión *vid.*. A. Heredia Herrera , «Guía de los fondos del Consulado de Cargadores a Indias», en *Archivo hispalense: Revista histórica, literaria y artística* , tomo 60, n.º 183, Diputación Provincial de Sevilla, 1977, p. 88; «Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias, en Sevilla y en Cádiz», en *Anuario de Estudios Americanos*, Tomo 27, Sevilla, 1970, pp. 237 ss. e «Historia de un depósito documental: el archivo del consulado de cargadores en Sevilla», en *Andalucía y América en el siglo XVI: actas de las II Jornadas de Andalucía y América, [celebradas en la] (Universidad de Santa María de la Rábida, marzo, 1982)* / coord. por Bibiano Torres Ramírez, José J. Hernández Palomo, Vol. 1, 1983, p. 491.

[Ver Texto](#)

(25) Fondo Antiguo de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, A 330/157. Esta copia está encuadrada junto a otra obra diferente, titulada *Proyecto para uniforme arreglo de Consulados*, que no es objeto de este trabajo.

[Ver Texto](#)

(26) C. Petit Calvo, *Historia del Derecho Mercantil (...)*, p. 360.

[Ver Texto](#)

(27) Los cuatro tratados parecen firmados de puño y letra de Gerónimo de Quintanilla según resulta de su cotejo con otros documentos suyos, como son una petición para embarcar efectos en el navío San Pedro de Alcántara (Archivo General de Marina «Álvaro de Bazán», 11.021); el Plan General de las Ordenanzas que el propio Quintanilla fechó el 10 de septiembre de 1798 (AGI, Consulados, 59) o una carta de 31 de diciembre de 1800 mediante la que aquel remitió al Consulado los siete últimos títulos de su proyecto de Ordenanzas (AGI, Consulados, 60).

[Ver Texto](#)

(28) Archivo de la CGC, L1, C1ª, doc.10, L3, C1ª, doc. único, y L3, C2ª, doc. único.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.*. C. S. Walton, *Leyes comerciales y marítimas de la América latina comparadas entre sí y con los códigos de España y las leyes de los Estados Unidos de América, Volumen 1*, Washington, Imprenta del Gobierno,

1907, p. 7 y C. Petit Calvo, «Jerónimo Quintanilla Pérez», en *Fondos y procedencias: Bibliotecas en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla: exposición virtual 2013*, coord. por Eduardo Peñalver Gómez, 2013, p. 1.

[Ver Texto](#)

(30) Esta comunicación dirigida por D. Francisco Lasso (jefe del archivo de la CGC) a D. Miguel Requena (Jefe de la Sección de Publicaciones y de Biblioteca del Ministerio) dice así: *Comisión General de Codificación. Como Jefe del archivo de esta Comisión, me complace en acusar recibo de las seis cajas con documentación relativa al proyecto de Código de comercio de 1829 y proyectos para su reforma que se conservaban en esta Biblioteca (Armario 45, t. 3ª), cuyo contenido es mas propio del archivo de esta Comisión General de Codificación, Sección de Código Mercantil. Madrid a 4 de julio de 1983. El jefe del archivo. Firmado: Francisco Lasso Gaité. D. Miguel Requena.— Jefe de la Sección de Publicaciones y de Biblioteca del Ministerio. Vid.. Archivo de la CGC, L5, C1, doc. 1, p. 1.*

[Ver Texto](#)

(31) C. Petit Calvo, *Historia del Derecho Mercantil (...)*, pp. 117–123.

[Ver Texto](#)

(32) En relación con estas razones vid.. A., Girard, *La rivalité commerciale et maritime entre Séville et Cadix jusqu'a la fin du XVIII siècle*, París y Burdeos, E. de Boccard, Féret & Fils, Paris & Bordeaux, 1932, pp. 31 ss. Como indica Antonia Heredia, los intereses y gestiones gaditanos dieron lugar a que el 8 de mayo de 1717 se decretara la refundición del cargo de Intendente General de Marina con el de Presidente del Tribunal de la Casa de la Contratación, que desde ese año tuvo su sede en Cádiz. Vid.. A. Heredia Herrera, «Apuntes para la historia (...)», pp. 227 y 228). Vid.. también M. Bustos Rodríguez, «El traslado de la Casa de la Contratación y del Consulado de Indias y sus efectos en el contexto de la nueva planta de la Marina y del comercio americano», en *Studia Historica. Historia Moderna*, 39 (2017), Universidad de Salamanca, p. 124; y A. Heredia Herrera «Las elecciones en el Consulado de Cargadores a Indias: nuevas perspectivas sobre la rivalidad Sevilla–Cádiz», en *Primeras Jornadas de Andalucía y América*, t. I, La Rábida, 1982, pp. 169 ss.

[Ver Texto](#)

(33) *Cargador a Indias*, especialmente desde la Real Cédula de 24 de mayo de 1686, era el que registraba mercancías, con destino a Indias, en un volumen mínimo establecido. No confundir con otros términos semejantes como *mercader* o *tratante* (comerciante que operaba en el mercado local y se especializaba en intercambio de mercancías, generalmente en una tienda) y *hombre de negocios* (realizaba operaciones comerciales o financieras al por mayor, mediante operaciones especulativas en el comercio con América o las grandes plazas europeas). Vid.. M. G. Carrasco González, *Comerciantes (...)*, pp. 17 y 18.

[Ver Texto](#)

(34) A.J. Kuethe, «La política real y el traslado del consulado en tiempos del régimen antiguo», en *Studia Historica. Historia Moderna*, 39, n.º 2 (2017), Universidad de Salamanca, pp. 63 y 64.

[Ver Texto](#)

(35) A. Heredia Herrera, «Archivística e Historia se dan la mano: tercer centenario del traslado del Consulado de Cargadores a Indias», en *Historia y archivos: estudios en homenaje a D.ª Remedios Rey de las Peñas*, Elena E. Rodríguez Díaz, Antonio Claret García Martínez (Eds.), 2020, p. 113; A. Heredia Herrera, «El Consulado Nuevo» (...), p. 289; y A. Heredia Herrera, «Los modelos andaluces de las ordenanzas de los consulados de comercio borbónicos», en *Actas de las VII Jornadas de Andalucía y América*, Sevilla, 1990, Tomo II, p. 65.

[Ver Texto](#)

(36) C. Petit Calvo, *Historia* (...), pp. 122–125.

[Ver Texto](#)

(37) M. Bustos Rodríguez, *El Consulado de Cargadores* (...), pp. 399 ss. y 486.

[Ver Texto](#)

(38) M. M. Barrientos Márquez, «Escuela de Comercio del Consulado Gaditano», en *Trocadero*, 1(4), UCA, 1992, p.15.

[Ver Texto](#)

(39) E. Gacto Fernández, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1971, pp. 29, 50 ss., 66 ss. y M. Bustos Rodríguez, *El Consulado de Cargadores* (...), p. 20.

[Ver Texto](#)

(40) En cuanto a los requisitos para participar como electores y elegibles para el cargo de prior y cónsules en el Consulado de Cargadores a Indias (muchos de ellos vascos) puede consultarse A. Heredia Herrera, «Las elecciones (...)», pp. 169–79; y, en menor medida, A. Heredia Herrera, «Los dirigentes oficiales del consulado de Cargadores a Indias», en *Andalucía y América en el Siglo XVII: actas de las III Jornadas de Andalucía y América, [celebradas en la] Universidad de Santa María de la Rábida, marzo, 1983*, vol. 1, 1985, pp. 217–236.

[Ver Texto](#)

(41) Estas primeras ordenanzas fueron aprobadas por Real Provisión de 14 de julio de 1556.

[Ver Texto](#)

(42) A. Heredia Herrera, «Reglamentos y ordenanzas (...)», p. 59 y C. Petit Calvo, *Historia* (...), pp. 128–129 .

[Ver Texto](#)

(43) *Vid.* J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española* 6. Codificación mercantil, Madrid, Ministerio de Justicia, 1998, pp. 42 a 46; y D. A. Perona Tomás, *Notas sobre el proceso de la codificación mercantil en la España del siglo XIX*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 15 y 16.

[Ver Texto](#)

(44) AGI: Contratación, 5516, N.102 y 5521, N.160.

[Ver Texto](#)

(45) *Vid.*. Archivos Notariales de la Universidad Veracruzana, clave del acta: 27_1780_13591, tipo de contenedor : protocolo, folio y/o hoja: 307vta.—306vta, fecha del acta: 1781/08/21, n.º: 51, años: 1780 al 1781, lugar del acta: Jalapa.

[Ver Texto](#)

(46) *Vid.*. J. Terán Gil y F. Pérez Mulet, «Cancel de entrada de la Iglesia de San Mateo», en *Puerta de Jerez*, Tarifa, noviembre–diciembre de 2000, n.º 2, p. 4.

[Ver Texto](#)

(47) M. Bustos Rodríguez, *El Consulado de Cargadores (...)*, p. 531.

[Ver Texto](#)

(48) A. Heredia Herrera, «Reglamentos y ordenanzas (...)», pp. 71–72.

[Ver Texto](#)

(49) C. Petit Calvo, «Arreglo de Consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español» en *Historia. Instituciones. Documentos* (11), 1984, pp. 270–272. Ver también N. De la Cruz y Bahamonde, Conde de Maule, *Cádiz y su Comercio (Tomo XIII del viaje de España, Francia e Italia*, reedición de la Universidad de Cádiz, 1996, p. 281.

[Ver Texto](#)

(50) J. Jimeno Borrero, *La sociedad mercantil en Sevilla entre 1747 y 1848*, tesis doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 3 de octubre de 2017, p. 21, que cita a Petit Calvo, *Historia del derecho mercantil (...)*, pp. 199–204.

[Ver Texto](#)

(51) *Vid.*. comunicación dirigida por Quintanilla a la Junta de Ordenanzas del Consulado de Cádiz de 23 de agosto de 1796 (AGI, Consulados, 59). Algunos años después, el Código de Comercio francés (1807) inició la época de la codificación mercantil en Francia, buscando establecer un Derecho general derogatorio del *de clase* propio del Antiguo Régimen. La llamada *Constitución de Bayona* del 6 de julio de 1808, a impulso del propio Napoleón, preveía en su art. 113 la promulgación de *un solo Código de Comercio para España e Indias*. *Vid.*. en este sentido Divar Garteiz–Aurrecoa, J., «Las Ordenanzas de Bilbao como antecedente de la Codificación Mercantil en España», en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 10, n.º 22, 2011, p. 9.

[Ver Texto](#)

(52) El tratado I está dividido en los siguientes títulos: *Tít. 1. De la jurisdicción consular. Tít. 2. Elecciones. Tít. 3. De las facultades gubernativas y juntas del Tribunal del Consulado. Tít. 4. De las habilitaciones, formación de matrículas y otros puntos pertenecientes a la facultades gubernativos del Tribunal. Tít. 5. De la Secretaría y Contaduría y de los empleados de ella, su provisión y obligaciones; del tesorero y porteros. Tít. 6. Del orden y proceder en lo judicial el prior y cónsules. Tít. 7. De los juicios de pronto pago o ejecutivos y otros particulares. Tít. 8. Del conocimiento en grado de apelación de los autos y sentencias del Consulado; de su letrado consultor, escribanos y teniente de alguacil mayor.*

[Ver Texto](#)

(53) El tratado II está dividido en los siguientes títulos: *Tít. 1. De los cargadores, factores, consignatarios por lo respectivo al comercio de América. Tít. 2. De los libros que deben llevar los comerciantes especialmente del giro de América. Tít. 3. De los navieros para el comercio de la carrera de las Indias. Tít. 4. De las obligaciones y contratos en general. Tít. 5. De los fletamentos y su cobro y pago. Tít. 6. De las escrituras o dinero tomado a riesgo. Tít. 7. Del contrato de aseguración, su naturaleza. Tít. 8. De las compañías de seguros, obligaciones de los socios entre sí y de la Sociedad con los asegurados, modo y forma de precisar su cumplimiento. Tít. 9. De las averías y sus diferentes especies. Tít. 10. De las personas responsables de las averías y modos de arreglarlas para su pago. Tít. 11. De las arribadas y sus principales incidencias. Tít. 12. De la demora náutica o estadia y del abandono de nave o mercancía. Tít. 13. De los naufragios. Tít. 14. Del apresamiento de nao de comercio sea por hostilidades, guerra o piratas.*

[Ver Texto](#)

(54) En el proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz no se emplea el término *arbitraje* en ninguna ocasión. En la época se usaban expresiones como *juicio de árbitros* o *juicio de compromiso*.

[Ver Texto](#)

(55) Este *Plan General de las Ordenanzas o Código Legal Mercantil para el Comercio Marítimo y Terrestre de la Jurisdicción del Real Tribunal del Consulado de esta ciudad* se encuentra en AGI, Consulados, 59.

[Ver Texto](#)

(56) El tratado III, titulado *Del comercio marítimo y terrestre en Europa, sus contratos y materias que le son propias*, está dividido en los siguientes títulos: *Tít. 1. De los cargadores, consignatarios y comisionistas el comercio marítimo de Europa. Tít. 2. De los navieros y fletamentos del giro marítimo de Europa, seguros del mismo y del comercio terrestre. Tít. 3. De las compañías sobre los contratos a comandita, o bajel que navega a la parte en común con los cargadores. Tít. 4. De las letras de cambio, su naturaleza, personas que en ellas intervienen y sus obligaciones. Tít. 5. De los deberes y comportación que ha de tener el tenedor o portador de una letra, su pago y medios con que termina esta obligación y licitud del precio de los cambios. Tít. 6. De los vales y libranzas, sus aceptaciones y endosos y de las cartas órdenes y recomendaticias que se practican en el comercio. Tít. 7. De los mercaderes o tratantes por menor, sus factores y libros. Tít. 8. De las cuentas y finiquitos. Tít. 9. De la prorrogación del contrato, protestas contra las obligaciones, innovación que pueden hacer las partes. Tít. 10. De las cesiones de derechos, acciones o interés en general y varios pactos prohibidos en la propia materia de cesiones.*

[Ver Texto](#)

(57) El tratado IV de las ordenanzas, titulado *De las materias comunes a todas clases de comercio marítimo y terrestre*, está dividido en los siguientes títulos: *Tít. I. Del contrato de compra, venta y permuta. Tít. II. De las compañías en general terrestres y marítimas. Tít. III. De los intereses o premios del dinero. Tít. IV. Del estado insolvente en los comerciantes, sea por atraso o falimento; naturaleza de éstos y forma de proceder en ellos. Tít. V. De las quitas y esperas que se conceden a los deudores. Tít. VI. De la cesión de bienes que se permite hacer a los deudores. Tít. VII. De la prelación y preferencia con que deben ser satisfechos los acreedores. Tít. VIII. De los juicios compromisarios. Tít. IX. De los corredores de lonja.*

[Ver Texto](#)

(58) AGI, Consulados, 60.

[Ver Texto](#)

(59) A. Heredia Herrera, «Reglamentos y ordenanzas (...)», pp. 73–74.

[Ver Texto](#)

(60) Consulado de Cargadores a Indias, *Ordenanzas para el Prior y Cónsules de la Universidad de Cargadores a Indias de la ciudad de Cádiz*, Reimpresas en Cádiz por D. Antonio Murguía, 1803.

[Ver Texto](#)

(61) Las Cámaras de Comercio son en cierto modo herederas de esos desaparecidos Consulados de Comercio. En este sentido, *vid.* por ejemplo la Exposición de Motivos de la Ley 14/2002, de 27 de junio, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña y del Consejo General de las Cámaras en la que se lee: *las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación actuales son herederas de aquellas entidades que construyeron la Lonja de Mar, el Consulado de Mar y la Junta de Comercio.*

[Ver Texto](#)

(62) C. Petit Calvo, «Arreglo de Consulados (...)», pp. 261, 289–290.

[Ver Texto](#)

(63) Los artículos mencionados a continuación pertenecen al título VIII del tratado IV de las Ordenanzas del Consulado de Cádiz, titulado *De los juicios compromisarios*, salvo que se indique otra cosa. Pese a que en el ejemplar analizado (el del Archivo de la CGC) los artículos aparecen señalados con números romanos, aquí empleamos los arábigos, para mayor fluidez.

[Ver Texto](#)

(64) Distinguiremos después entre el *árbitro* y el *arbitrador*.

[Ver Texto](#)

(65)

C. Petit Calvo, «Españolas gaditanas», en *Quaderni Fiorentini*, 49 (2020), pp. 419–454.

[Ver Texto](#)

(66) En el proyecto de Ordenanzas del Consulado de Cádiz se regula la habilitación y matriculación de españoles y extranjeros en el comercio marítimo, así como la adquisición de la condición de cargador a Indias. Si bien minoritariamente, la mujer participaba del tráfico mercantil en el Cádiz de la época, como socias de compañías, como acreedoras de préstamos y cambios o como garantes de riesgos mercantiles, etc. *Vid.* M. G. Carrasco González, *Los instrumentos del comercio (...)*, pp. 35, 91 y 110–111. También sobre las mujeres comerciantes en el Cádiz de la época *vid.* G. d. A. Zarza Rondón, «Mujer y comercio americano en Cádiz a finales del siglo XVIII», en *Revista Dos Puntas*, año IV, n.º 6, 2012, pp. 185 ss.

[Ver Texto](#)

(67) A. Merchán Álvarez, «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», en *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 15, 1988, p. 135; y J. F. Merino Merchán, «La Constitución de 1812 y el arbitraje», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 85, abril de 2012, p. 37.

[Ver Texto](#)

(68) El art. 280 de la Constitución de 1812 dispuso: *No se podrá privar a ningún español del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.*

[Ver Texto](#)

(69) El art. 5, cap. 5, tít. 3 de la Constitución francesa de 1791 disponía: *El derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje no puede verse perjudicado por los actos del Poder Legislativo.*

[Ver Texto](#)

(70) Algo muy parecido dispuso después el art. 2.a) LA 1988 al establecer: *No podrán ser objeto de arbitraje:*
a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

[Ver Texto](#)

(71) Art. 267: *Es también autoridad judicial la que ejercen los árbitros nombrados por las partes para declarar el derecho que da la ley; y la de los jueces de hecho en las causas para las cuales están establecidos por la ley.*

[Ver Texto](#)

(72) En las Partidas, desde una perspectiva judicialista, se hacía depender la capacidad para comprometerse en arbitraje de la capacidad para estar en juicio (ley III, 4, 25).

[Ver Texto](#)

(73) E. Gacto Fernández, *Historia de la jurisdicción mercantil en España (...)*, pp. 27 y 123 y A. Merchán Álvarez, *El Arbitraje, estudio (...)*, p. 18.

[Ver Texto](#)

(74) Esta fórmula (*conciencia y ciencia*) y otras parecidas debieron ser propias de la época. Por ejemplo, en escrituras gaditanas, como la de la compañía de Tomas y Juan Matheos y Jorge Bown, se menciona la *inteligencia, ciencia y eficiencia* de los árbitros. *Vid.* Archivo Histórico Provincial de Cádiz (AHPC) prot. n.º 3.073, ff. 107 y 108). En escrituras bilbaínas como la de *Recacoechea y compañía*, se menciona la *ciencia y conciencia* de los árbitros. En relación con esta última, *vid.* C. Petit Calvo, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao 1737–1829*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, p. 253.

[Ver Texto](#)

(75) El término *compromisario* englobaba los conceptos de árbitro y arbitrador.

[Ver Texto](#)

(76) A. Merchán Álvarez, *El Arbitraje, estudio (...)*, pp. 82 y 82.

[Ver Texto](#)

(77) Art. 266: *El nombramiento de árbitros puede recaer en toda persona varón, mayor de veinte y cinco años, sea ó no comerciante, que esté en pleno ejercicio de los derechos civiles, y sepa leer y escribir.*

[Ver Texto](#)

(78) Art. 776: *El nombramiento de Jueces árbitros no puede recaer mas que en Letrados, mayores de veinte y cinco años (...).* Art. 825: *El nombramiento de amigables componedores no puede recaer mas que en varones, mayores de edad (...).*

[Ver Texto](#)

(79) Las mujeres de la época podían ser *inteligentes en la materia* desde el momento en que, como antes hemos visto, participaban en el tráfico mercantil, si bien —obviamente— en menor medida que el hombre.

[Ver Texto](#)

(80) Las Partidas permitían arbitrar a los clérigos. *Vid.* A. Merchán Álvarez, *El Arbitraje, estudio (...)*, p. 90.

[Ver Texto](#)

(81) *Vid.* AHPC, prot. n.º 3.073, ff. 107 y 108, escritura suscrita el 1 de febrero de 1665. Otro ejemplo es el de la compañía entre Pedro Torre y Juan Olmius, que en 1691 acordaron designar a Gervasio Resby y Roberto Chomley para que con la finalidad de solventar las controversias que pudieran nacer entre ellos del ajustamiento de cuentas: *arbitren rresuelvan y determinen todas las dudas y diferencias que puedan resultar de dicho ajustamiento de cuentas a la una parte y dando a la otra en poca o en mucha Cantidad a su arbitrio y voluntad absoluta viendo o condenando a qualesquiera de los otorgantes declarandolo en la forma que les pareciere o pronunciando su autto o sentencia arbitraria* [*vid.* M. Bustos Rodríguez, *Cádiz en el*

*sistema atlántico (...), p. 476]. Otro ejemplo es el de la escritura guardada en el Archivo Histórico Provincial de Cádiz, prot. n.º 1.541, f. 275 en que se lee: *Item es condición que en caso que haya algunas diferencias entre los otorgantes que de bueno a bueno no se puedan ajustar, hayan de nombrar cada uno un hombre de negocios para que los ajusten y los pongan en paz y quietud, y si todavía los dos que nombraren no los pudieren ajustar los dichos dos árbitros nombrados han de nombrar un tercero, y los dichos otorgantes han de estar y pasar por lo que dijere y ajustare, sin replica ni contradicción alguna pena de pagar los daños que de lo contrario se siguieren a la dicha compañía y interesados en ella [vid.. M. G. Carrasco González, Los instrumentos del comercio (...), p. 55].**

[Ver Texto](#)

(82) J. Jimeno Borrero, «Arbitraje de compañías (...)», p. 303.

[Ver Texto](#)

(83) M. G. Carrasco González, *Los instrumentos del comercio (...)*, p. 55.

[Ver Texto](#)

(84) Artículo LVII: *Siendo tan frecuentes las discordias en los compromisos será obligación de las partes nombrar un tercero, que las dirima en el mismo instrumento, ò dar en el facultad ã los Jueces arbitros Arbitradores para que lo elijan.*

[Ver Texto](#)

(85) En las Partidas, III, 4, 30, se preveían dos supuestos más: (i) que las partes acudieran a un juez o a otros y (ii) que alguna de las partes injuriase o maltratase a un árbitro.

[Ver Texto](#)

(86) Resulta más omnicompreensivo que el *ser contrario en el pleito* de la ley 24, tít. 4 de la IIIª partida .

[Ver Texto](#)

(87) Básicamente, la enemistad y el soborno del árbitro. *Vid.. A. Merchán Álvarez, El Arbitraje, estudio (...), p. 113.*

[Ver Texto](#)

(88) En el *Manuel des Arbitres* de Boucher de 1807 (p. 409) se reconocía el derecho de los árbitros a percibir una remuneración, a satisfacer por la parte vencida, así como la facultad de los tribunales para reducir la en caso de que fuera *indiscreta*. De la misma opinión es Merchán, que cita a Sainz de Andino. *Vid.. A. Merchán Álvarez, El Arbitraje, estudio (...), p. 121.*

[Ver Texto](#)

(89) Partidas III, 4, 23. *Vid.. A. Merchán Álvarez, El Arbitraje (...), p. 175.*

[Ver Texto](#)

(90) En las Partidas, los árbitros debían dictar el laudo *Lo mas ayna que podieren: de manera que no se aluenguen, desde el dia que lo recibieron mas de tres años* (Partidas III, 4, 27).

[Ver Texto](#)

(91) Para ser precisos, en estas reglas no se emplea el término *demandā*, sino que se habla de un *expuesto manifestativo de su Justicia*, posiblemente a fin de separarse de la terminología de los trámites judiciales.

[Ver Texto](#)

(92) El plazo para dictar laudo podía prorrogarse por los árbitros o arbitradores, si se les hubiere dado esta facultad, pero solo por un término igual al que tuvieren para dictar el laudo (art. 50). El plazo, asimismo, podía prorrogarse por voluntad de las partes (art. 51). El plazo para dictar laudo se suspendía, en caso de dudas de los árbitros sobre el objeto de la controversia y hasta la aclaración de este extremo (art. 40) y durante la práctica de las diligencias probatorias (art. 38). Asimismo, si las partes hubieran dado facultad a los árbitros para prorrogar el plazo estos solo podrían hacerlo por un plazo igual al inicialmente concedido (art.50). En todo caso, las partes siempre podían prorrogar estos plazos (art. 52).

[Ver Texto](#)

(93) Después veremos los supuestos en que puede hablarse de laudo *conforme* y sus efectos.

[Ver Texto](#)

(94) En relación con los laudos autorizados por un escribano, tómesese en consideración lo dispuesto en el art. 35 (tratado I, título I) según el cual: *Quando en los Compromisos ã que los comerciantes suelen sugetar la decision de sus diferencias autorice el Laudo algun Escribano publico ò Real por cuya incidencia suelen retenerlo ã pretesto de intimarlo ã los Ynteresados, si alguna de las partes pidiese el cumplimiento apelare ò intentare la reduccion ã arbitrio de buen baron, como que estos conocimientos tocan al Prior y Consules podran mandar, y apremiar al tal Escribano a que entregue dicho Expediente en el Consulado, sin que sea necesario oficiar ã alguno de los Jueces Reales, puès en semejantes actos nada hay respectivo ã su Jurisdiccion y el Escribano se subordina ã la consular certificando determinaciones que son propias de su inspeccion.*

[Ver Texto](#)

(95) Esto mismo en las Leyes de Estilo, el Espéculo y las Partidas. *Vid.. A. Merchán Álvarez, El Arbitraje, estudio (...), p. 200.*

[Ver Texto](#)

(96) Partidas III, 4, 26: *E aun dezimos que si las partes quisiessen meter sus pleytos en mano de los juezes de avenencia, en tal manera que ellos fuessen tenudos de dar tal juyzio qual les dixesse algun otro ome, que las partes sennalassen, e que non pudiessen dar otro; que non lo deven desta guisa recibir. Porque el juyzio, que despues assi fuesse dado non seria valedero.*

[Ver Texto](#)

(97) Este precepto de las Ordenanzas del Consulado de Cádiz estaría inspirado en la partida III, 4, 32.

[Ver Texto](#)

(98) En relación con la ejecución del laudo, tómesese en consideración el art. 6 (tratado I, título VII) según el cual: *El Laudo que conformemente pronuncian los Àrbitros Iuris, ò los Àrbitradores y amigables componedores, serà tanvien eficaz para el Juicio de pronto pago, ò executivo siendo dado dentro del termino prefinido, con arreglo à la materia de que se trata, y constando el compromiso por Escritura publica, por convenio celebrado apudacta en algun expediente que en el Tribunal se siga, ò en comparencia Judicial autorizada por el Escribano que asistiò al acto. Artículo VII. Aunque no sea pronunciado el Laudo por conformidad, sino por tercero en discordia debidamente nombrado, teniendo las demas circunstancias, que exige el articulo que antecede; tendrà igual fuerza y vigor, que si fuese dado por acuerdo de los Àrbitros, ò Àrbitradores. [...] Art. 17. Quando el compromiso se halle estendido en papel privado que firmen las partes con testigos ò sin ellos; procediendo el reconocimiento, y confesion de la legitimidad; el Laudo pronunciado por los Àrbitros Juris, los Àrbitradores ò tercero en discordia, serà executivo, siendo dado dentro del termino prefinido; como si procediese ò estuviese celebrado el comprometimiento con las solemnidades que previene el articulo sexto de este Parrafo. [...] Art. 57. Si sobre el credito que se demanda estuviese pendiente juicio de compromiso, y se alegase como excepcion esta litis pendencia, se admitirà como legitima.*

[Ver Texto](#)

(99) M. G. Carrasco González, *Los instrumentos del comercio (...)*, pp. 55–56.

[Ver Texto](#)

(100) *Vid.* AHPC, not. 19, prot. 4480, ff. 1458–1460, citado por M. Bustos Rodríguez, *Cádiz en el sistema atlántico (...)*, p. 476.

[Ver Texto](#)

(101) En las Partidas no se distinguía entre nulidad y apelación. Todo laudo que supusiera una transgresión del compromiso o que fuera contrario a derecho, a la naturaleza, a las buenas costumbres o que resultara irracional era nulo. *Vid.* A. Merchán Álvarez, *El Arbitraje, estudio (...)*, p. 207.

[Ver Texto](#)

(102) Art. 45: *Los Àrbitros o Àrbitradores, que laudaren fuera del termino de Ordenanza ò constituido por las partes obraran con nulidad notoria, y aunque se hayan ceñido ã la materia y puntos comprometidos, la determinación quedarà sin efecto alguno por ser dada en tiempo, en que havian ya espirado las facultades.*

[Ver Texto](#)

(103) Art. 64: *No podran los Compromisarios Arbitros ni Arbitradores tratar otra materia que la comprometida; dar resolucion sobre lo que expresamente no se pide ni exceder el termino señalado, ò el que en su defecto prefija esta Ordenanza; porque esto es observar la forma del compromiso y fuera de ella no obran las facultades concedidas.*

[Ver Texto](#)

"Cave cavtelam"! Reflexiones acerca de la autoridad cautelar de los árbitros en el marco de la Ley 60/2003 y los recelos subsistentes al respecto

Cave cavtelam! Reflections on the Cautionary Authority of Arbitrators under Law 60/2003 and Remaining Misgivings About it

La autoridad de los árbitros para adoptar medidas cautelares ha sido siempre un poder percibido con recelo tanto por la doctrina como por la judicatura; hoy en día, cuando la legitimidad de dicha autoridad ya no se cuestiona, se aprecian sin embargo relevantes prejuicios y distorsiones en el sistema que no facilitan el pleno desarrollo de las posibilidades que ofrece el arbitraje. En el presente trabajo reflexionamos acerca de cómo cabría superar esos prejuicios y distorsiones a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español sobre Derecho Arbitral.

Arbitraje, Medidas Cautelares.

Arbitral authority to order interim measures has always been considered a suspicious power both by scholars and the judiciary; today, when the legitimacy of such an authority is no longer questioned, we still notice however relevant biases and distortions in the system that do not facilitate the full development of the possibilities that arbitration offers. In this paper, we consider how those biases and distortions could be overcome under the light of the recent doctrine of the Spanish Constitutional Court on Arbitration Law.

Arbitration, Interim Measures.



Pedro Tent Alonso

Letrado. Socio responsable del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P. en Valencia (1).

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

El fenómeno jurídico del arbitraje presenta unas características de enorme trascendencia para el entendimiento genuino de nuestro sistema de justicia privada.

La mera posibilidad de que la Ley reconozca —a resultas del previo acuerdo entre las partes en forma de convenio arbitral—, el poder de un individuo ajeno a la estructura del Estado de declarar el

Derecho (*ius dicere*) con una autoridad equivalente a aquella con que lo hace el poder del Soberano a través de su propio sistema jurisdiccional, sin lugar a dudas comporta, de un lado, un enorme espacio de libertad y capacidad auto—organizativa para el ciudadano y, de otro, una decisión política de enorme calado por la que el Estado renuncia (en una parte muy significativa aunque no total) al monopolio jurisdiccional, con el alivio que en términos administrativos, logísticos y económicos ello comporta, pero también con el riesgo que puede representar en cuanto al mantenimiento en el sistema jurídico de un determinado estándar común de rigor y justicia.

Admitida del modo más avanzado la institución arbitral en el Derecho español como efecto de la promulgación de la Ley 60/2003, nuestro sistema caracteriza sin ambages el procedimiento arbitral como un mecanismo de resolución de conflictos, ajeno a la jurisdicción estatal, que se enraíza en los valores constitucionales de la libertad y la dignidad humana (autonomía de la voluntad). En esa misma medida, nuestro Derecho constitucional —a través de muy elocuentes pronunciamientos formulados por el Tribunal Constitucional español— blinda la actividad arbitral frente a interferencias judiciales que no se hallen expresamente soportadas por la Ley y no se ajusten, además, a las garantías que el propio Tribunal Constitucional ha proclamado.

De ese modo, cuando las partes, en los términos prefijados por la Ley, estipulan la sumisión a arbitraje de la resolución de sus discrepancias, adquieren un derecho subjetivo de muy singular naturaleza por el que quedan legitimadas para que la controversia que las enfrenta sea resuelta de forma autónoma y plena sin interferencia de la jurisdicción estatal (arts. 7 y 11.1º LA), cuyo papel quedará desde entonces circunscrito al desempeño de ciertas funciones de estricta garantía procedimental.

Pues bien, esa autonomía y plenitud del sistema arbitral como fórmula no judicial de resolución de la controversia, alcanza también, por supuesto, a las pretensiones de tipo cautelar que pueden esgrimir las partes con la finalidad de asegurar que la mera pendency del proceso u otras circunstancias contingentes, no lleguen a privar de eficacia al Laudo cuando este sea finalmente dictado.

Recuérdese que es también nuestro Tribunal Constitucional el que desde antiguo se ha encargado de recordarnos que la tutela cautelar integra el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (2). Es del todo punto razonable concluir, por supuesto, que si el sistema quiere ofrecer al ciudadano una alternativa arbitral plena y eficaz para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, no puede extirpar de las funciones arbitrales la protección cautelar efectiva de aquellos derechos e intereses.

Y sin embargo esta conclusión lógica vuelve a tensionar la compleja relación bajo la que conviven la jurisdicción estatal y la arbitral.

El propio concepto de tutela cautelar es desafiante y entraña un riesgo cierto sobre los derechos individuales de los afectados, pues es evidente que dicha tutela, tal y como se concibe casi universalmente, comporta la toma de una decisión que, cuanto menos de forma temporal, afectará aquellos derechos sin que, no obstante, dicha decisión sea fruto del pleno enjuiciamiento y valoración de la totalidad de las pruebas que deberán sostener el mejor derecho de uno u otro

contendiente. La tutela cautelar, en fin, comporta un juicio *prima facie* que sin embargo afectará a la libertad y a los derechos individuales de esas mismas partes.

Y es aquí donde surgen las cautelas y prevenciones del Estado acerca de la función cautelar y preventiva del árbitro. Visto el riesgo que entraña el juicio cautelar (que se formula sin haber tenido ocasión de agotar por completo el análisis de la prueba del caso), ¿es razonable confiar una intervención de semejante nivel de sensibilidad a unos agentes —los árbitros— que no son servidores del Estado, ni desempeñan tales labores tras superar las pruebas y condiciones que el propio Estado impone a los jueces con los que ejerce su poder judicial?

Esa pregunta, como se verá, ha suscitado a lo largo del tiempo grandes recelos acerca de la función cautelar de los árbitros, dando lugar en el pasado a su pura negación y, actualmente, tras haber sido felizmente reconocida, propiciando o bien a la exclusión de toda facultad ejecutiva del árbitro para la materialización de las cautelas que adopta, o bien a la subsistencia de ciertos recelos acerca de la legitimidad de esas decisiones, o bien a ambas cosas a la vez.

Por supuesto, si sabemos que la tutela cautelar conforma el contenido esencial de la protección jurídica de los derechos individuales, ¿cómo permitir el constreñimiento de su eficacia arbitral y sostener a un tiempo la plena credibilidad de la institución del arbitraje? ¿Cómo pretender que, sin esas plenas atribuciones cautelares, el arbitraje satisfaga las demandas que reclama una institución de resolución de conflictos cuyo basamento descansa sobre la libertad y la dignidad de quienes se acogen a ella excluyendo voluntaria y conscientemente la intervención judicial?

En el presente trabajo partimos de la premisa de que ese fundamento constitucional del arbitraje en el Derecho español no solamente proscribiera cualquier minusvaloración del mismo frente a la jurisdicción estatal (poder judicial que no desempeñará en este campo más función que la que expresamente le confíe la Ley según los cánones constitucionales expresados), sino que reclama la plena confianza del sistema en el cometido cautelar que también deben desempeñar sin desmerecimiento alguno los árbitros.

Tal y como tendremos ocasión de analizar en el presente trabajo, la situación del Derecho Arbitral español es claramente satisfactoria en términos generales, pero eso no debiera condonar ciertas prácticas o distorsiones que aún hoy siguen apreciándose.

En las páginas siguientes abordaremos, por tanto, tras un breve recorrido por la evolución histórica de la cuestión en el plano internacional y español, la caracterización jurídica actual de la autoridad cautelar de los árbitros, qué potenciación debiera sufrir la misma a la vista del empuje constitucional que recientemente ha experimentado el arbitraje en nuestro Derecho, así como, finalmente, cuál es el modo con el que la jurisprudencia ha abordado el poder cautelar de los árbitros —pese a no ser muchos los precedentes significativos—. Todo ello nos permitirá entender hasta qué punto subsisten hoy o no ciertos prejuicios o sesgos hacia esta concreta función arbitral.

1. Cautelosos frente a la cautela (arbitral): una cuestión controvertida en la evolución histórica del arbitraje comercial internacional

Cualquier recorrido histórico por el desarrollo legislativo y jurisprudencial (casi universal) más reciente, pone de manifiesto, primero, muy significativos recelos hacia la posibilidad de que un Tribunal Arbitral pudiera adoptar medidas cautelares (3) y, después, recelos aún más unánimes en cuanto a la posibilidad de que ese mismo Tribunal pueda ejecutar las decisiones cautelares que adopta».

El término «recelo» que se emplea aquí tiene un contenido no solamente institucional o jurídico (vinculado a las garantías que supuestamente ofrece la jurisdicción estatal frente a la arbitral con carácter general) sino también de corte psicológico (vinculado a su vez a cierta idiosincrasia judicial que vio cuestionado el monopolio sobre el *ius dicere*). Como señalara Arthur Nussbaum (4) :

«To a certain degree this unfavorable attitude may be ascribed to a subconscious jealousy of arbitration, which may be competing with the courts; but the actual basis of opposition to arbitration should be sought elsewhere. It will be admitted that the increase of arbitration might endanger state jurisdiction and the high ideals of impartial justice, if legislative and juridical measures for the remedy of abuses were not provided».

Según sugiere A. Yesilirmak (5) , habría sido en 1915 cuando por vez primera (en el ámbito del arbitraje comercial internacional y a la vista del clima económico apreciable sobre todo en el continente americano) se contempló el mecanismo de las medidas cautelares de origen arbitral a través de la designación *ad hoc* de una autoridad permanente que desempeñaría precisamente el cometido de proteger de forma cautelar los intereses de los contendientes. Ya en 1922 la ICC (*International Chamber of Commerce*) aprobó, no con poca controversia, un Reglamento en el que contemplaba la autoridad cautelar de los árbitros. Previsión que quedó suprimida en 1927 y que se recuperó posteriormente en 1931.

Existen muy significativos recelos hacia la posibilidad de que un Tribunal Arbitral pueda adoptar medidas cautelares y más aún en cuanto a la posibilidad de que ese mismo Tribunal pueda ejecutar dichas decisiones

En el año 1939 se consideró oportuno incorporar una nueva norma que consagraría seminalmente la peculiar jurisdicción concurrente de árbitros y jueces en materia cautelar (6) que hoy en día es casi universalmente aceptada. Pero el movimiento no fue neutro, pues reflejaba, en fin, la desconfianza que en la década de 1940 parecía existir acerca, bien de la legitimidad, bien de la eficacia de la autoridad cautelar arbitral. Obsérvese, por ejemplo, que las *ILA Arbitration Rules* de 1950 (conocidas como Reglas de Copenhague), ni siquiera contemplaron poder alguno de los árbitros sobre esta materia. De hecho, en el caso de la prestigiosa ICC, su reglamento de 1955 asumió la exclusividad de la jurisdicción estatal en materia arbitral y únicamente abandonaría esta postura nada menos que en 1998.

Será también a partir de la década de 1980 (7) cuando los diferentes ordenamientos nacionales comiencen a reconocer paulatinamente pero de forma generalizada la capacidad de los árbitros para disponer medidas cautelares. Como indica A. Yesilimark (8) :

«The political pressure to leave interim protection rights within the domain of judiciary was fading away and the historical rivalry between arbitration and courts was lessening to allow better cooperation between the systems. This transformation of the role of courts and arbitrators owed much to the re—boom of international business and trade in the 1980s.»

Indicaba también G. Born (9) :

«Historically, there were significant limits on (or prohibitions against) the power of arbitral tribunals to order provisional relief, while tribunals were reluctant to exercise those powers that they did possess. More recently, national law has removed many of the historic limits on the powers of arbitrators to grant provisional measures of protection, while tribunals have demonstrated increased willingness to make use of such powers. These developments have made provisional measures much more important in contemporary international arbitration, both as a means of protecting parties» legitimate interests and as tactical measures at exerting pressure on adverse parties».

Sin embargo, aún a fecha de hoy la reticencia hacia el protagonismo de los árbitros en la administración de la tutela cautelar es tangible. Señalaba José Carlos Fernández Rozas (10) que:

«Aunque se registra una tendencia expansiva, aún quedan Estados que no sólo restringen al ámbito de la tutela cautelar judicial en el arbitraje, sino que se niegan a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, evidenciándose la reticencia que muestran los jueces y tribunales en ciertos sistemas a admitir que estos últimos tengan un protagonismo en el establecimiento de medidas cautelares, sin distinguir entre la decisión de la procedencia de la medida y la ejecución de la misma, o para otorgar éstas con ocasión de procedimientos arbitrales».

Se observa, pues, cómo hasta fechas recientes no ha llegado a tomar carta de naturaleza en la esfera internacional la autoridad arbitral para el establecimiento de medidas cautelares y que, aún hoy, ni mucho menos se ha erradicado el recelo histórico hacia el rol arbitral en esta materia. Por supuesto, huelga decir que, si la evolución anterior muestra una tendencia hacia el reconocimiento del referido poder cautelar, lo que en absoluto ha sucedido es —salvo contadísimas excepciones no significativas (11) — que los árbitros hayan visto reconocido asimismo el poder de ejecutar las medidas cautelares que acuerdan. Dicha esfera competencial sigue perteneciendo en exclusiva (casi universalmente) a la jurisdicción estatal.

La situación en España no resultó especialmente distinta.

Si por ejemplo atendemos a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, la misma no contempló expresamente en modo alguno la posibilidad de que los árbitros dictaran medidas cautelares, salvo

—en la previsión de su art. 50— una vez dictado el Laudo y hallándose *sub iudice* un proceso de anulación del mismo. Más allá de discusiones de tipo doctrinal y jurisprudencial (12), es evidente que en semejante escenario el rol arbitral en materia cautelar era más que discutido y discutible (13).

La situación cambió radicalmente con la promulgación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (14), en la que se proclamó de la manera más contundente la autoridad cautelar de los árbitros y se asumieron sin ambages los modernos planteamientos reflejados en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

El tratamiento jurídico del arbitraje en el Derecho Español, finalmente, ha recibido un espaldarazo de la mayor potencia a resultas de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional (15) que han venido a confirmar su autonomía institucional y a restringir a sus justos términos la fiscalización judicial de las decisiones arbitrales (16).

Esta doctrina constitucional, que precisamente ha venido a corregir una *praxis* sistemáticamente observada por un órgano jurisdiccional de muy elevado grado jerárquico y en la que —entre otras circunstancias escasamente ortodoxas—, con invocación de la causal de orden público prevista en el art. 41.1º.f) LA, se venía a reconsiderar el criterio arbitral sobre valoración de la prueba practicada (por más que el mismo no presentara vicios objetivos de arbitrariedad, error o falta de lógica), alcanzando en numerosas ocasiones la conclusión de que el Laudo debía ser anulado por resultar contrario al orden público.

En los pronunciamientos señalados el Tribunal Constitucional español declarará con meridiana claridad extremos tan trascendentales como el siguiente (17) (el subrayado es añadido):

«Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónimo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, «cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5). El Tribunal reitera, pues, que el control que pueden desplegar los jueces y tribunales que conocen de una pretensión anulatoria del laudo es muy limitado, y que no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro.

Ahora bien, como sostienen la demandante de amparo y el Ministerio Fiscal, la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es

una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. 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 (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2).

Asentado, por consiguiente, el arbitraje en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE. Este parámetro deberán configurarlo, ante todo, las propias partes sometidas a arbitraje a las que corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de prueba, pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4º LA) y en qué términos. En consecuencia, la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público.

De esto se sigue que el órgano judicial que tiene atribuida la facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubieren pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto a la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el art. 37.4º LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, habrá visto cumplida la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su adecuación al derecho aplicable o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido él quien tuviera encomendado el enjuiciamiento del asunto, las hubiera razonado y valorado de diversa manera (...).

El tribunal no comparte el criterio de la sentencia, no solo porque aplica 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 f) LA —pues como se declara supra, unos y otros se asientan en derechos constitucionales diferentes (arts. 10 y 24 CE)—; sino, especialmente, porque entra en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores in procedendo o a la ausencia de motivación.»

Insistiendo en el control esencialmente procesal o formal que debe desempeñar el órgano judicial, señalará también (18) :

«(...) que no se obtengan las mismas conclusiones de la prueba practicada no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero

en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional por parte de quien fue encargado de dirimir la controversia. De los autos queda acreditado con claridad que el árbitro practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias, lo que, como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal, 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.»

Huelga decir que la caracterización que resulta del arbitraje a partir del *corpus* hermenéutico constitucional que acaba de señalarse, tiene sin duda un impacto concreto en el modo en que el rol arbitral en materia cautelar debe ser analizado, pues la lectura del Supremo Intérprete Constitucional, justamente por afectar a los elementos basilares de la propia institución arbitral, irradia esa caracterización a todas las dimensiones del procedimiento seguido ante los árbitros y reclama de todas las autoridades del Estado (muy singularmente de sus jueces pero no solamente de sus jueces), que las atiendan y respeten.

Sobre ese tapiz deberán depurarse los prejuicios y sesgos que pueden llegar a subsistir en el tratamiento jurídico de la autoridad cautelar de los árbitros.

2. Breve consideración acerca del régimen jurídico español de la autoridad cautelar de los árbitros

De un modo muy resumido, podemos destacar las siguientes características del Derecho arbitral español en lo tocante a la protección cautelar de los derechos e intereses legítimos de las partes contendientes:

- i) Consagración expresa de dicha potestad en el texto legal: los árbitros podrán acordar medidas cautelares —siempre a instancia de parte— a menos que los contendientes acuerden excluir la competencia arbitral sobre las pretensiones cautelares: art. 23.1 de la Ley de Arbitraje (19) .
- ii) Caracterización abierta de la misma, sin especificación de su contenido, alcance o condiciones concretas de su ejercicio (20) , en marcado contraste con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- iii) Consagración de la jurisdicción concurrente de jueces y árbitros para la declaración de la medida cautelar (21) , de suerte que las partes firmantes del convenio arbitral, indistintamente, podrán articular la pretensión declarativa cautelar ante la jurisdicción estatal (22) (que procederá conforme a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil: arts. 721 a 747) o ante los árbitros (que operarán con los márgenes más amplios de la Ley de Arbitraje).
- iv) Se establece la competencia territorial y funcional de los órganos judiciales encargados de la declaración de medidas cautelares en auxilio del arbitraje, así como la de los encargados de la ejecución de las cautelas ordenadas por los árbitros (23) .
- v) Se admite la adopción de medidas cautelares *ante causam* por parte del órgano judicial competente (24) y no se establece prohibición expresa frente a la adopción arbitral de medidas

cautelares *ex parte* (25) .

- vi) Negación expresa (en el Preámbulo de la Ley) de la potestad ejecutiva de los árbitros sobre las medidas cautelares por ellos adoptadas (26) y encauzamiento de dicha ejecución a través de las fórmulas previstas para la ejecución de Laudos, que (sin perjuicio de las trascendentales previsiones del Derecho Arbitral en materia de anulación) apuntan a las previsiones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución de Sentencias.
- vii) Sometimiento expreso de las decisiones arbitrales en materia cautelar, cualquiera que sea la forma que adopten (*v.gr.*, Laudo, Orden Procesal, Laudo cautelar...) al régimen jurídico sobre anulación de Laudos arbitrales (art. 23.2 de la Ley de Arbitraje). La demanda de anulación no suspenderá la fuerza ejecutiva que tuviere la medida cautelar decretada, sin perjuicio a su vez de las contra—cautelares que ofrezca la parte ejecutada para solicitar del juez la suspensión de aquella ejecución (art. 45 LA).

El conjunto que resulta de la caracterización anterior permite alcanzar la conclusión de que el Derecho arbitral español aborda la cuestión de la tutela cautelar de un modo plenamente acorde con nuestro entorno cultural, jurídico y comercial, ajustándose sin duda a los estándares más modernos.

Sin embargo, creemos que lo anterior no es completamente suficiente si de lo que se trata es de lograr una práctica arbitral plenamente autónoma y eficaz, reforzada por una intervención judicial estrictamente neutral y limitada. Y es que, como podrá apreciarse a continuación, subsisten ciertos sesgos en el sistema que, a partir de concepciones dogmáticas no siempre dotadas de una óptima justificación, limitan innecesariamente las posibilidades que ofrece la fórmula arbitral de resolución de conflictos.

3. ¿Prejuicios acerca del poder cautelar de los árbitros o precauciones justificadas?

Es necesario partir de un presupuesto claro: la decisión arbitral que en forma de Laudo pone fin al procedimiento goza de la mayor confianza del Estado, hasta el punto de que se le reconoce una autoridad equivalente a la propia de las Sentencias firmes a través de las que se manifiesta el poder judicial del Soberano (*res iudicata* y carácter ejecutable del pronunciamiento de condena).

El Derecho arbitral español aborda la cuestión de la tutela cautelar de un modo plenamente acorde con nuestro entorno cultural, jurídico y comercial, ajustándose sin duda a los estándares más modernos

Al mismo tiempo, esa consideración es fruto y consecuencia del hecho de que la institución arbitral tiene por elemento constitutivo el de la libre voluntad de los contendientes que quieren resolver sus disputas de forma civilizada pero ajena a los cauces judiciales; voluntad a la que la Ley muestra la deferencia propia de los sistemas liberales comprometidos con el férreo reconocimiento de una esfera de autodeterminación de las personas.

Con la intensidad de todas esas consideraciones, se le reconoce expresamente al árbitro la capacidad de resolver también las pretensiones cautelares que le formulan las partes enfrentadas (el Estado, por tanto, muestra nuevamente su confianza en el arbitraje en lo tocante a este particular).

Y, sin embargo, a pesar de lo anterior, sabemos también que el árbitro carecerá de cualquier rol activo en la ejecución de las medidas cautelares que él mismo haya acordado por virtud justamente de la autoridad que la Ley (y la partes en conflicto) le ha reconocido para ello.

Y tenemos la certeza anterior (ausencia de potestad ejecutiva) a pesar de que sabemos igualmente que *a*) la eficacia de la medida cautelar es consustancial al derecho a lograr una tutela jurídica efectiva de los derechos sustantivos de las partes en conflicto (por lo tanto, será necesaria una muy buena razón para justificar la menor efectividad que pueda sufrir la tutela cautelar por no permitir que su materialización la efectúe precisamente quien la decretó: el árbitro (27)) y que *b*) el fenómeno arbitral disfruta de una intensa legitimidad constitucional porque se vincula con las manifestaciones más elementales de la libertad individual (por lo tanto, será necesaria una muy buena razón para forzar a las partes a acudir a una vía judicial a la que nunca quisieron someterse).

Examinamos a continuación si esas razones potencialmente limitativas de la eficacia de las medidas cautelares arbitrales, son tan buenas como deberían ser. Lo haremos en tres campos distintos, a saber: (a) la asunción generalizada acerca de la inconveniencia de que el árbitro ostente potestad bastante para ejecutar las cautelas que acuerda; (b) el nivel de escrutinio que el juez puede ejercer sobre las cautelas ordenadas por el árbitro al abordar la anulación o ejecución de las mismas; y (c) el efecto vinculante de las decisiones judiciales cautelares adoptadas en auxilio de un proceso arbitral en curso.

A) ¿Por qué los árbitros carecen de la facultad de ejecutar sus propias decisiones cautelares?

Es una asunción prácticamente universal la de que los árbitros carecen de poder coercitivo para la ejecución de sus propias decisiones, incluidas, en lo que aquí respecta, las cautelares.

Sin embargo, a nadie se le escapa que dicha norma tan extensamente asumida no es «(...) *ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria* (28) .»

Por escasamente significativo que sea, establece por ejemplo el art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador (publicada en el Registro Oficial 417, de 14 de diciembre de 2006) que:

«Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.»

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde

caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral».

Y lo cierto es que un planteamiento como el que acaba de describirse, cabría decir que se ajusta mejor a la enorme confianza que tiene depositada el Estado en el árbitro, a favor del cual cede una parte muy significativa de su jurisdicción privada.

Es más, en términos estrictamente lógicos, no es ciertamente intuitivo comprender de inmediato por qué quien puede nada menos que declarar el Derecho con efecto de *res iudicata*, no puede tomar parte principal en la materialización fáctica de una medida meramente cautelar dada para el aseguramiento de aquel *dictum* futuro para el que es plenamente competente.

Frente a ello, por supuesto, se han puesto de relieve ciertos problemas (29) que entrañaría el poder ejecutivo del árbitro sobre sus decisiones cautelares (y en general sobre cualquier decisión que adopte):

«This author believes that this approach reflects what should be the ultimate goal for provisional measures issued by a tribunal. However, admittedly the pitfall of this approach is that there are no safeguards if anything went wrong in the arbitration, which is a central issue because arbitral decisions are not subject to appeal though they may be reviewed under changed circumstances. So for instance, in situations where due process is not observed, there would be no way of remedying this irregularity. This is, in practical terms, unacceptable to international community and to business persons. Even the enforcement of arbitral awards is subject to certain safeguards. These safeguards are expressed, for instance, under Article V of the New York Convention and Article 34-36 of the Model Law. The lack of safeguards protecting the interest of state and businesspersons makes this approach unacceptable at the current time.»

En mi humilde opinión, sin restar un ápice a la razonabilidad de las *cautelares* que expresa el argumento anterior, creo que es necesario ser más precisos en las restricciones que deba sufrir el rol ejecutivo del árbitro en la materialización de las medidas cautelares que haya adoptado. Me permito apuntar las siguientes ideas.

i) *Acerca de la necesidad de excluir la función ejecutiva del árbitro debido a las dificultades prácticas que comportaría en términos de garantías para las partes.* No me parece del todo riguroso sugerir que los derechos de las partes contendientes, en el marco de una hipotética *ejecución arbitral*, estarían más

expuestos a un riesgo de menoscabo que en el marco de una ejecución judicial.

En primer lugar, la posibilidad de error arbitral en la toma de decisiones no tiene por qué ser mayor que la del error judicial (y puede, de hecho, ser perfectamente menor). En segundo lugar, la ausencia o limitación de posibilidades de apelación en el marco de una *ejecución arbitral* no puede prejuzgar la conveniencia de la intervención en ella del árbitro, pues no es sólo que dicha ausencia o limitación forma parte, justamente, de la dinámica propia del arbitraje que no comporta en Derecho ningún problema en un escenario mucho más trascendente (el de la causa principal), sino que no debe olvidarse que en materia de ejecución judicial las posibilidades de apelación para el ejecutado se hallan también gravísimamente limitadas (arts. 530.4; 551.4; 561.3; 562.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En tercer lugar, nada de lo anterior pretende apuntar a una ejecución arbitral exenta de cualquier control judicial. La cuestión estriba en que el modo en que opere dicho control sea el de mera garantía *ma non troppo*.

Las consideraciones anteriores, a mi juicio, son perfectamente razonables en lo que concierne a la relación entre el árbitro y las partes litigantes. No aprecio, por ello, obstáculos jurídicos significativos que debieran impedir al árbitro, *intra litem*, adoptar medidas tendentes a la ejecución de las propias cautelas que hubiera acordado (v.gr.: imposición de multas coercitivas al ejecutado para forzar el cumplimiento de la cautela (30)). El control judicial que debiera ejercerse sobre dicha actividad ejecutiva del árbitro debería ser estrictamente superficial, ordenada a la mera confirmación de la razonabilidad de la decisión.

Nótese, además, que un mecanismo como el descrito debiera entenderse completamente posible (aún bajo el Derecho arbitral vigente hoy en España) si mediara pacto expreso de las partes que así lo contemplara (31).

Distinto es el caso, sin embargo, del desempeño de funciones cautelares que el árbitro pudiera acometer frente a terceros ajenos al convenio arbitral. Me refiero a esta cuestión en el punto siguiente.

ii) *El concepto de ejecutividad del Laudo y su diferencia frente a la ejecución forzosa del mismo.* Como es bien sabido, el art. 45.1º LA comienza indicando que «El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación.» La literalidad de dicha disposición apunta a la idea de que, aun cuando se promueva anulación frente al Laudo, simultáneamente podrá solicitarse judicialmente que se promueva su ejecución. Como ya sabemos, los Laudos u Órdenes Procesales de contenido cautelar que se dicten por el árbitro se sujetan precisamente a estas disposiciones generales en materia de ejecución forzosa (art. 23.2º LA).

Al mismo tiempo, no contiene la Ley de Arbitraje una disposición expresa similar a los arts. 38 y 39.1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los que se establece que «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley» y que «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.». Estas últimas

disposiciones consagran el concepto legal de ejecutividad, que confiere al acto administrativo en cuestión la presunción de validez, así como la inmediata efectividad del mismo.

La distinción entre un concepto legal y otro (ejecución forzosa / ejecutividad) no es baladí pues, por decirlo de algún modo, mientras que (i) el carácter meramente ejecutable del Laudo tan solo supondría la confirmación de su materialización empírica *in potentia* en caso de que sus prescripciones no fueran atendidas por su destinatario (materialización que además debería propiciarse expresamente por la vía de la ejecución forzosa ante la jurisdicción estatal). Por el contrario, la ejecutividad del Laudo, sin embargo (ii) le atribuiría *in actu* algún tipo de virtualidad que reivindicaría su inmediato acatamiento u observancia sin necesidad de interposición judicial alguna (o de otro tipo). Cuestión muy distinta obviamente sería el hecho de que, aún si se reconociera la ejecutividad del Laudo en el sentido antedicho, para el caso de que la parte concernida no lo cumpliera, sería imprescindible el auxilio judicial, pues de lo que sin duda carece el árbitro con arreglo al Derecho español es de lo que los iuspublicistas denominan «autotutela ejecutiva» (32), esto es, de la potestad para ejecutar sus propias decisiones a través de medios coactivos.

Dos dudas surgen en este punto: ¿cabe atribuir al Laudo esa propiedad jurídica de la ejecutividad?; en segundo lugar: si la tuviere, ¿qué efectos produciría?

En relación con la primera cuestión sabemos que la Ley de Arbitraje señala en los apartados IX y VII de su Exposición de Motivos que:

«El título VIII se dedica a la ejecución forzosa del laudo.»

En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. Esta ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación.

La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado.»

«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 (...).»

En mi opinión, aunque el texto es muy explícito al hablar de la *ejecutividad del laudo*, una valoración rigurosa y sistemática de la norma no permite alcanzar (no, al menos, con contundencia) la conclusión de que la Ley esté abrazando, de modo explícito y con todas sus consecuencias

dogmáticas, la ejecutividad del Laudo con independencia de la activación del procedimiento judicial para su ejecución forzosa.

Pero la cuestión es que lo que sí resulta claro es que la norma no niega o impide abiertamente esa ejecutividad como característica que corresponda al Laudo *per seipsum*, esto es, sin necesidad del auxilio de un tercero ajeno a la propia autoridad arbitral.

De hecho, ¿por qué debería hacerlo? Analicemos ciertos curiosos paralelismos entre la autoridad arbitral y la de la Administración Pública en lo tocante a ese concepto de ejecutividad bajo el prisma común del escrutinio judicial al que están expuestas una y otra.

En el caso de la Administración Pública, cuyos actos sí gozan de la referida propiedad legal, suele justificarse el hecho de que sí disfrute de tal *status* porque su vinculación al poder ejecutivo del Estado así lo reclama por razones de eficacia y porque, obviamente, sus órganos —los que dictan esos actos dotados de ejecutividad— forman parte de y operan el aparato estatal, contando *a priori* por ello con la confianza del sistema. Y pese a todo, esos mismos actos dotados de ejecutividad no desplazan a la jurisdicción estatal sino que, muy al contrario, un poder judicial especializado los controla de forma exhaustiva.

No es en absoluto descabellado afirmar la ejecutividad del Laudo como una propiedad jurídica que le es inherente y que reclama para él su plena obediencia y cumplimiento sin necesidad de ninguna interposición judicial

En el caso del arbitraje, el Laudo definitivo sí llega a gozar nada menos que de una autoridad equivalente a la de una Sentencia firme, y los elementos de reconocimiento y confianza del Ordenamiento Jurídico hacia la legitimidad de la autoridad arbitral se presentan, en el plano privado, al menos tan intensamente como los expresados respecto de la Administración Pública, máxime teniendo en cuenta el basamento constitucional de la institución arbitral al que ya nos hemos referido.

En esas condiciones, tomando en consideración todo lo expuesto, creo que no es en absoluto descabellado afirmar la ejecutividad del Laudo como una propiedad jurídica que le es inherente y que reclama para él su plena obediencia y cumplimiento sin necesidad de ninguna interposición judicial. En mi opinión esa es una cualidad legal que debe reconocérsele al Laudo (cautelado o definitivo) con arreglo al Derecho vigente.

Surge entonces, por supuesto, la segunda cuestión: ¿qué consecuencias prácticas implica la ejecutividad del Laudo?

Considero que la respuesta a esta pregunta exige ponderar tres escenarios distintos, a saber:

- a) En lo tocante a los efectos de la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar entre las partes contendientes en el arbitraje: *ejecutividad intra litem*.

La ejecutividad poco o nada aporta aportaría a esta relación. La parte obligada por el Laudo u Orden Cautelar deberá cumplirlo y acatarlo desde que le sea notificado (y aunque promueva frente a él la acción de anulación). No obstante, si se niega a hacerlo —dejando a un lado los mecanismos disuasorios convencionales a los que aludimos anteriormente—, la parte vencedora deberá recurrir al auxilio judicial en los términos que señala el art. 23.2º LA (33).

- b) En lo tocante a los efectos de la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar frente a terceros ajenos al convenio arbitral: *ejecutividad erga extraneos*.

Piénsese en el caso, por ejemplo, de personas físicas o jurídicas totalmente ajenas al arbitraje a las que, sin embargo, el Laudo u Orden Cautelar, por hipótesis, les solicitara que retuvieran cautelarmente bienes o efectuaran pagos o actos dispositivos por cuenta de la parte contendiente vencida en el proceso cautelar.

Qué duda cabe que la decisión arbitral carecerá de cualquier efecto vinculante frente a ellos (34). Debe quedar claro, por tanto, que el Derecho Arbitral no puede ofrecer por sí mismo respuesta alguna en este ámbito (la voluntariedad consustancial a la institución impide que terceros ajenos al convenio arbitral queden sometidos a la autoridad de los árbitros). Sin embargo, la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar, sumada a ciertas consideraciones basadas en el Derecho de Daños, el Principio General de Buena Fe y la conexión de la tutela cautelar con la vigencia del derecho fundamental a una tutela jurídica efectiva, sí debiera comportar, a mi juicio, algunas consecuencias (mucho menos directas pero tangibles).

Considero que en estos casos, si el tercero cuya colaboración solicita el Laudo u Orden Cautelar queda fehacientemente notificado de la decisión arbitral auténtica que interesa de él algún comportamiento (*dare, facere, non facere*) en garantía de los derechos sustantivos de las partes contendientes, el efecto jurídico que sobre él proyectará la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar, si bien ya no será el de generar una obligación en sentido estricto, sí comportará, en caso de no cumplimiento de lo acordado cautelarmente, el desplazamiento sobre dicho destinatario de la carga de justificar ante la parte acreedora de la medida cautelar (es decir ante la parte que venció, nunca ante el árbitro), la existencia de cualquier interés legítimo propio y admisible en Derecho, que le permita excusar su decisión de no cumplimiento. De suerte que, si no acreditara dicho interés legítimo propio (por tenue que resultara), o si el invocado fuera manifiestamente inadmisibles en Derecho, el tercero destinatario de la cautela será extracontractualmente responsable ante la parte acreedora de la medida por los daños y perjuicios que a esta última se le paren debido al no cumplimiento de la cautela acordada. El tercero destinatario de la medida, por último, ostentaría a su vez acción de responsabilidad extracontractual frente a la parte acreedora de la medida si, cumplida esta, dicho cumplimiento acarrearía al tercero algún daño legalmente imputable a la parte que obtuvo la cautela.

Este planteamiento que sugiero (más propio del Derecho de Daños que del Derecho arbitral) se

fundaría en las siguientes bases: (i) la medida cautelar decretada lo es en el seno de un mecanismo institucional (el arbitraje) que goza de una clara legitimidad y trascendencia constitucional no ajena ni mucho menos al interés público; (ii) la medida en cuestión constituye un mecanismo precautorio que integra el contenido esencial del derecho constitucional fundamental a una tutela jurídica efectiva; (iii) una resolución cautelar equivalente de origen judicial sería enteramente obligatoria para el tercero afectado (35), siendo que lo deseable (por las razones apuntadas) es que el usuario que opta por la vía arbitral no sufra peor trato legal por hacerlo; (iv) la solución propuesta en absoluto obliga *stricto sensu* al tercero destinatario de la cautela, sino que lo expone a una hipotética responsabilidad extracontractual sujeta a todas las condiciones propias del Derecho de Daños, y únicamente en caso de que la negativa al cumplimiento fuera caprichosa o manifiestamente injustificada; (v) en todo caso, para eximirse incluso de dicha responsabilidad hipotética, le bastará al tercero destinatario de la cautela justificar la concurrencia de un interés legítimo propio, aceptable en Derecho (36); (vi) el tercero destinatario de la cautela, caso de observarla, ostentará frente a la parte que obtuvo la cautela una acción de responsabilidad extracontractual si dicho cumplimiento le irrogara algún daño imputable a la parte acreedora de la cautela.

Todas las circunstancias anteriores me llevan a la conclusión de que el escenario descrito tiene plena cabida en el Derecho vigente (a) por ser equilibrado en el tratamiento de los intereses contrapuestos del tercero destinatario de la medida y de la parte que la obtuvo (b) por propiciar una mayor efectividad y ser más respetuoso con los fines legales y constitucionales del arbitraje que también obedecen a un marcado interés público (equivalente al propio de la efectividad y finalidad de la jurisdicción estatal privada) y (c) por no apreciarse norma expresa que excluya los efectos indirectos que se han descrito ni detectarse obstáculos jurídicos significativos que hicieran más conveniente la completa y total inoponibilidad de una cautela *erga extraneos* (37).

- c) En lo tocante a los efectos de la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar frente a autoridades o funcionarios públicos que, de ordinario, deban acatar las resoluciones judiciales firmes dictadas en el ámbito privado: ejecutividad *erga imperium*.

Estimo que en este último grupo de casos el tercero destinatario de la medida (sea porque a él se dirige directamente el *fiat* arbitral, sea porque es la parte beneficiaria del mismo la que interesa ante el tercero en cuestión que se lleve a efecto la medida), estará sujeto al cumplimiento de la medida de manera más intensa que en el supuesto anterior (obligación *ex iure*), pues es razonable entender que si el sistema legal español integra en su seno el Laudo u Orden Cautelar dándole el mismo tratamiento que a efectos ejecutivos atribuye a las Sentencias (*vid.* arts. 44 LA y 517 ss LEC), es lógico concluir que las autoridades y funcionarios que operan ese mismo sistema lo observen y acaten sin ambages de un modo equivalente al que deben observar para con dichas resoluciones judiciales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los Registradores.

Estos mismos servidores públicos, sin embargo, quedarían exentos del cumplimiento de la cautela arbitral si justificaran plenamente ante la parte acreedora de la medida la presencia de un impedimento objetivo que en Derecho hiciera imposible el acatamiento de la cautela acordada (y que deberá ser distinto del mero origen arbitral de la medida). La ausencia de esa justificación

bastante legitimaría a la parte acreedora de la cautela para interesar la responsabilidad de la Administración correspondiente. El cumplimiento forzoso, sin embargo, solamente sería posible a través de la correspondiente vía judicial.

No pueden desconocerse las conexiones que se aprecian entre la cuestión que analizamos y lo previsto en el art. 522.1º LEC, donde se indica que «Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica.». O igualmente el art. 521.2º del mismo cuerpo legal: «Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.»

De nuevo, entiendo que el efecto propio de esta ejecutividad *erga imperium* es compatible con el Derecho español vigente.

B) ¿Qué tipo de escrutinio judicial debe soportar en Derecho español la decisión cautelar adoptada por el árbitro?

Otro de los elementos que sin lugar a dudas puede llegar a propiciar el sesgo o prejuicio hacia la autoridad arbitral es el que afecta al entendimiento de la extensión o nivel del escrutinio que el poder judicial debe ejercer sobre la cautela acordada por los árbitros.

Se trata, sin duda, de la encrucijada clásica del arbitraje en la que, confrontadas sus decisiones contra el tamiz de la autoridad judicial y las legítimas y necesarias tareas de control que esta ejerce, el juez competente recela del criterio del árbitro y considera que el suyo propio resulta más respetuoso con la Ley y debiera prevalecer (38).

En esta ocasión lo cierto es que —más allá del análisis jurisprudencial que desarrollamos seguidamente— la cuestión debe declararse ampliamente clarificada (y quizás felizmente zanjada) a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que mencionábamos al inicio de este trabajo y en los que de forma meridiana se le recordaba a la autoridad judicial que su función controladora será de tipo netamente formal o procesal, constreñida a la constatación de la razonabilidad y motivación de la resolución arbitral de que se trate (39), y siempre en el marco de las limitaciones señaladas por el art. 41 de la Ley de Arbitraje.

Huelga decir que, pese a que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional ha venido referida a los Laudos definitivos, es enteramente extrapolable a los Laudos u Órdenes Cautelares, pues no se olvide que el mandato legal (art. 23.2º LA) es muy explícito al señalar que «A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos», lo que equipara a uno y otro tipo de resoluciones arbitrales el mismo mecanismo de control judicial (40) con sus mismas limitaciones inherentes.

Aclarada la cuestión anterior, es necesario señalar que en el ejercicio de dicho escrutinio, la

autoridad judicial deberá ser muy consciente de que, tal y como se desprende del art. 23.1 de la Ley de Arbitraje, el árbitro no queda sujeto de ningún modo —a diferencia de lo que sucede con el juez— a las condiciones prescritas por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la concesión de la cautela interesada, a saber: *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad, instrumentalidad, no tolerancia de la situación cautelable y ofrecimiento de caución (41). Señala en este sentido C. González—Bueno (42). que:

«When the authority to take interim measures is exercised by the judge, there is no doubt as to the applicability of the general requirements set forth under the Civil Procedure Act for any type of precautionary measure (...).

Nonetheless, within the framework of arbitral interim measures, the aforesaid requirements are defiled to the extent that we may question their validity. This is due to the fact that the Arbitration Act has consciously excluded them (as indicated in the Preamble) from its Article 23.»

C) ¿Qué fuerza vinculante posee la decisión judicial cautelar dictada en el seno de un procedimiento de auxilio a un arbitraje en curso?

En sentido inverso a lo apuntado anteriormente (con qué intensidad fiscalizará el juez la decisión arbitral) merece la pena ahora entender qué fuerza vinculante ostentará en el marco del arbitraje en curso una decisión judicial cautelar adoptada en auxilio de aquel procedimiento.

Y nuevamente aquí es necesario apuntar a las consecuencias derivadas del carácter meramente vicario de la decisión judicial: precisamente porque es accesoria al destino de un procedimiento que queda bajo la jurisdicción arbitral, la cautela decretada (o denegada) judicialmente nunca podrá producir efectos de cosa juzgada ni impedir el replanteamiento de la cuestión a raíz de cualquier circunstancia sobrevenida que el árbitro juzgue justificada.

Lo expresa con acierto G. Born (43):

«A national court's decision regarding provisional measures should not be regarded as res iudicata in subsequent arbitral proceedings: the national court applies its own law, often taking into account the exceptional nature of court—ordered provisional measures in connection with an arbitration (...). In these circumstances, the national court's provisional decision should not necessarily be considered as binding in an application for the same or similar provisional measures in the parties» contractual arbitration forum. Nor should a tribunal necessarily give substantial weight to a national court's consideration and resolution of a request for provisional measures. Properly understood, a national court's decision on provisional measures should be regarded as supportive of the arbitral process, available in circumstances where an arbitral tribunal is unable to act, but subject to subsequent decisions of the arbitral tribunal; this accords with the arbitral tribunal's authority to conduct the dispute resolution process and finally resolve the parties» dispute. Equally, an arbitral tribunal may conclude that a party which has chosen to seek interim relief from a national court, and failed, is estopped from seeking the same relief from the tribunal. But, where an arbitral tribunal concludes that provisional measures are (or are not) necessary, a contrary national court decision should not cause the tribunal to alter its conclusion.»

Nótese, por tanto, que el carácter judicial de la cautela adoptada no comportará ningún tipo de prevalencia sobre medidas arbitrales que puedan considerarse *a posteriori*. Cualquier sesgo de primacía judicial debe ser en este punto excluido.

II. ALGUNOS PRECEDENTES ESPAÑOLES ILUSTRATIVOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA AUTORIDAD CAUTELAR DE ORIGEN ARBITRAL

No son precisamente abundantes los precedentes judiciales que abordan de manera explícita y exhaustiva el complejo binomio juez — árbitro cuando se trata, en sentido estricto, de entender la interconexión entre uno y otro ámbito en la adopción y materialización de medidas cautelares.

Por supuesto, no son escasos los precedentes en los que, por virtud de la jurisdicción concurrente que en materia cautelar reconoce la Ley a jueces y árbitros, los primeros adoptan o deniegan a solicitud de parte, medidas cautelares según los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como mecanismo auxiliar o de apoyo de procedimientos arbitrales incoados o no.

Sin embargo, dichas decisiones, cuando se limitan a constatar o no la presencia de *fumus, periculum*, proporcionalidad, etc., no presentan matiz diferencial alguno respecto de cualesquiera otras cautelas de tipo estrictamente judicial ajenas a un debate arbitral.

Las que seguidamente se analizan de forma somera abordan, con mayor o menor intensidad, más allá del trillado debate acerca de los presupuestos de la tutela judicial cautelar, el impacto que en esta produce el fenómeno arbitral: ¿tiene algún tipo de efecto jurídico la cautela ordenada por el Tribunal Arbitral si no media alguna forma de ejecución judicial de la misma?; ¿cómo incide en la subsistencia de la medida cautelar judicialmente decretada en auxilio de un arbitraje la posible ausencia de jurisdicción del Tribunal Arbitral?; ¿qué parámetros sustantivos debe considerar el árbitro para otorgar la medida cautelar interesada?; ¿qué nivel de escrutinio judicial procede sobre la decisión cautelar arbitral en vía de anulación o ejecución de la misma?; etc.

Por desgracia, aun cuando se trata de cuestiones de capital importancia —como se apuntó al inicio de este trabajo, su entendimiento es el entendimiento de la matriz desde la que opera la institución arbitral en nuestro sistema jurídico—, podrá observarse que la elaboración de las mismas que resulta de las Sentencias que seguidamente comentamos, es más bien pobre y necesitada a un tiempo, no sólo de una mayor construcción doctrinal, sino también —a mi juicio— de una mayor valentía en favor de la credibilidad del arbitraje como mecanismo pleno y autónomo de resolución de controversias.

1. Caracterización jurídica general de la autoridad cautelar de origen arbitral: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) 22/2016 de 7 de abril

Merece la pena iniciar este somero repaso jurisprudencial aludiendo a un caso que brindó a la jurisdicción estatal la posibilidad de abordar numerosas cuestiones que, por mostrar la continua tensión e interacción entre el espacio arbitral y el judicial, resulta idónea a los efectos de este ensayo.

Se trata de un proceso de anulación promovido contra un Laudo parcial de 2015, dictado *inaudita parte*, en el que se estimaron unas medidas cautelares que tuvieron por objeto la suspensión de ciertos acuerdos sociales.

El TSJC abordó múltiples cuestiones jurídicas de carácter primario para el entendimiento de la autoridad cautelar de origen arbitral que pasamos a valorar tomando en consideración las ideas que se expusieron al inicio.

En primer lugar, la Sala identificó con precisión las condiciones de existencia del poder del árbitro para la adopción de medidas cautelares y señaló:

«Es cierto que antes de la promulgación de la vigente LA/2003 solo cabía el recurso de acudir a los órganos judiciales para solicitar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales. Pero desde la entrada en vigor de la LA/2003, que se inspiró 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, es posible utilizar dos vías, la judicial (art. 11.3º LA, en relación con el art. 8.3º LA y los arts. 721 y ss. LEC/2000) y la arbitral (art. 23 LA), tal y como explica la Exposición de Motivos de la LA/2003 (...)

Por tanto, para determinar en el presente supuesto si la Árbitra tenía o no su potestad limitada para dictar las medidas cautelares impugnadas será preciso atender al tenor del convenio arbitral, al del reglamento de la institución administradora del arbitraje (art. 4.b LA) y, finalmente, al del acta de inicio del arbitraje, en la que es posible que las partes modifiquen el convenio y establezcan, de común acuerdo, determinadas condiciones y limitaciones a la tramitación.»

La fórmula es perfectamente correcta: se constata la confirmación *ex lege* de la autoridad cautelar del árbitro (que no es sino la confirmación de que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje no se verá excluida del ámbito cautelar — sin perjuicio de los matices que ya conocemos) y se desciende a continuación a los elementos de tipo convencional que pueden matizar la existencia o extensión de ese poder (el convenio arbitral, los estatutos de la autoridad administradora del arbitraje y las específicas condiciones estipuladas en el acta de inicio del arbitraje o a través de cualquier acuerdo relevante).

En segundo lugar, sin embargo, al abordarse a continuación la configuración *in concreto* del régimen jurídico de ese poder cautelar, se incorpora una mención genérica al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se indica, en particular, que:

«(...) la parquedad de la regulación legal específica (art. 23 LA) obliga, en defecto de acuerdo de las partes o de reglamentación concreta de la institución administradora, a suplirla con la de la LEC/2000 (arts. 721 a 747) en todo aquello que resulte compatible.»

La afirmación, sin embargo, no es correcta. Con independencia de que el TSJC acabará rubricando una decisión impecable en cuanto al fallo en que se concreta, lo cierto es que aquí encontramos una

cuestión de orden metodológico que no es correcta y que atañe a cuestiones estructurales relevantes. En efecto, la parquedad que aprecia el juzgador en la previsión normativa no le permite activar el resorte de la Ley de Enjuiciamiento Civil para valorar la decisión arbitral (prejuicio este que es altamente conveniente desterrar para lograr una materialización genuina de nuestra *praxis* arbitral). Muy al contrario, lo que esa parquedad significa es justamente la opción legislativa consciente por fórmulas señaladamente flexibles, caracterizadas por el Principio de Autonomía de la Voluntad y por la confianza en la labor de quienes desempeñan la función arbitral. Aquello en lo que estas circunstancias se traducen es en la necesidad —desde el punto de vista judicial— no de *suplir* la Ley de Arbitraje mediante la de Enjuiciamiento Civil, sino la de ponderar *in casu* la validez de las decisiones arbitrales adoptadas en esos espacios de flexibilidad, empleando para ello los parámetros legales y constitucionales de razonabilidad y motivación aplicables en el ámbito arbitral.

Es decir, no se tratará de juzgar las decisiones cautelares del árbitro contra los parámetros que para el juez señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que el *dictum* arbitral deberá reputarse válido según se ahorme (o no) a los parámetros constitucionales de motivación, racionalidad y garantías procesales desde los que debe interpretarse nuestro Derecho Arbitral (esto es, de conformidad con las previsiones del art. 41 LA según ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional).

Que el propio TSJC es consciente de que no cabe, sin más, la aplicación supletoria de la norma procesal civil, lo demuestra el análisis que lleva a cabo acerca de la decisión de la árbitra de no exigir caución para la activación de la cautela acordada. Señala:

«En última instancia, aceptado que la dicción literal del art. 23 LA y la del art. 22 del Reglamento del TAG no exigen necesariamente la prestación de caución en el caso de imposición de medidas cautelares y que, dada la naturaleza de las impuestas, dirigidas a mantener el statu quo existente al inicio del arbitraje alterado en diversos acuerdos sucesivos, la Árbitra tenía potestad para dispensar su prestación, y, en cualquier caso, la motivación correspondiente no puede ser revisada aquí más allá del hecho de constatar que no puede ser considerada en ningún caso arbitraria».

También es interesante, en esa misma línea, la conclusión que alcanza a la hora de justificar el carácter *ex parte* de la medida adoptada. En efecto, la parte perjudicada arguyó, no sin fundamento, que la cautela arbitral debía ser anulada pues, si tan alta era la urgencia de su adopción, bien pudo haberse interesado por vía judicial aún antes de la incoación del procedimiento arbitral, cosa que nunca hizo. El TSJC rechazará el planteamiento del siguiente modo:

«Lo mismo cabe decir [esto es: la razonabilidad de la motivación de la decisión arbitral] de la urgencia justificativa de su adopción inaudita parte (cf. art. 733.2 y art. 22 Reglamento del TAG), que, contrariamente a lo que se aduce en la demanda, no queda desvirtuada por el hecho de no haber acudido a los órganos judiciales antes de la formalización del arbitraje (art. 722 LEC), o de haber esperado a que se acumularan los efectos perjudiciales de los diversos acuerdos adoptados sucesivamente, una vez más en apariencia, como reacción a las sucesivas ampliaciones de la demanda arbitral, hasta la presentación en el Registro Mercantil del acuerdo de aprobación de las cuentas del ejercicio 2014 (7 mayo 2015).»

Como se observa, a pesar de que el criterio judicial para la admisión de cautelas *ex parte* es muy restrictivo en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a pesar de que efectivamente, la vía judicial para la adopción de la medida cautelar siempre estuvo expedita y pudo haberse empleado incluso antes de la iniciación del arbitraje, el TSJC únicamente pondera la cuestión relativa a la razonabilidad y motivación de la decisión de la árbitra, para alcanzar la conclusión de que su decisión fue válida (44).

En tercer lugar y por último, la resolución efectuará un control fundamentalmente formal o procesal de la validez de la decisión tomando en consideración la razonabilidad de su motivación, sin reconsiderar, por tanto, la prueba practicada ni imponer tampoco el propio criterio judicial incluso si este llegara a discrepar de la conclusión alcanzada por la árbitra:

«Se viene considerando que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales —por tanto, también de los laudos arbitrales— no requiere un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni sobre todos los aspectos y perspectivas de la cuestión de que se trate, siendo suficiente que se exprese de manera inteligible la razón causal del fallo, consistente en « el proceso lógico— jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos si permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión » (cf. STS 1ª 551/2010 de 20 diciembre. FD2) (...)

Esta motivación del laudo arbitral responde a los estándares requeridos para poner de manifiesto este presupuesto fundamental, al incidir, por un lado, en el riesgo objetivo surgido durante la pendencia del proceso de una potencial inefectividad de la resolución final eventualmente estimatoria de la pretensión (cfr. art. 726.1ª y 728.1 LEC); al huir, por otro lado, de fórmulas abstractas, estereotipadas y no descriptivas de los factores concretos del caso; y al limitarse, en definitiva, a decidir la mera conservación del statu quo existente al comienzo del proceso, que, no se olvide, fue determinado por un laudo definitivo anterior.»

En definitiva, nos encontramos en esta ocasión con una resolución judicial que en términos generales sí ha reflejado una sólida concepción del arbitraje y ha sabido materializar su eficacia con pleno respeto a lo pactado por las partes que decidieron sustraer su disputa de la esfera judicial ordinaria.

No ocurrirá así (en mi humilde opinión) con varias de las decisiones que analizaremos seguidamente.

2. Las Resoluciones de la (antigua) Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 20 febrero 2006 y de 26 julio de 2018: no cabe anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en Laudo sin previo mandamiento judicial que así lo ordene al Registro

El 5 de octubre del año 2004, un Notario de Málaga protocolizó en acta por él autorizada, un Laudo final en el que se ordenaba el otorgamiento de cierta escritura pública entre las partes contendientes y la anotación preventiva de prohibición de disponer sobre dos fincas registrales hasta tanto quedara consumado el contrato al que se refería el Laudo o resuelto definitivamente.

Dicha prohibición fue ordenada por el Tribunal Arbitral como «garantía» del fallo contenido en el mismo (45).

Cuando la parte beneficiada por la decisión arbitral solicitó la inscripción de la referida prohibición en el Registro de la Propiedad, el titular del mismo la denegó sobre la base del siguiente razonamiento:

«Como hemos visto el art. 44 LA remite a la LEC en materia de ejecución, y el art. 738.1º último párrafo de esta Ley dispone que, «si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente». Este art. 738 tiene por epígrafe «Ejecución de la medida cautelar». Al tratarse de una anotación preventiva de prohibición de disponer (así hay, que entenderlo por la remisión que hace el laudo al art. 26 de la Ley Hipotecaria) hay que aplicar los preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento.

Y así el art. 42, n.º 4 de la Ley Hipotecaria dice que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente el que, demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación obtuviere, con arreglo a las Leyes providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». Y el art. 165 del Reglamento añade que «Toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal en el que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme». Por lo expuesto procede suspender la anotación preventiva solicitada (...)»

Nótese que el asunto, además, resultó especialmente desesperante en la medida en que, a la vista de la decisión del Sr. Registrador, la parte vencedora solicitó del Juez competente el dictado del referido mandamiento. Y sucedió que también dicha petición le fue denegada, pues el Juez estimó (mediante simple Providencia) que procedía la inscripción del Laudo por la propia autoridad jurídica de este último título, sin necesidad de mandamiento judicial alguno.

Suscitada la controversia ante el Centro Directivo la parte impugnante (vencedora en el arbitraje y necesitada de la cautela establecida para el aseguramiento de la eficacia de la decisión arbitral) invocó múltiples razones para tratar lograr la revocación de la decisión del Registrador: (i) señaló que no estábamos ante una medida cautelar puesto que se trataba de una garantía dada no en el curso del procedimiento arbitral, sino una vez concluido este mediante el dictado del Laudo definitivo; (ii) señaló que dicha resolución tiene un valor equivalente al de una Sentencia y que, una vez notarialmente protocolizada, esta última intervención de fedatario público debía reputarse a su vez equivalente al mandamiento judicial; (iii) insistiendo en ambas ideas y razonando por analogía, invocó las previsiones del art. 521.2º LEC para sostener la innecesariedad de cualquier fórmula de ejecución de la *garantía* establecida en el Laudo.

La árbitra designada compareció en el procedimiento ante la Dirección General y esencialmente suscribió los argumentos de la parte impugnante. La entidad perjudicada por la medida en cuestión, se opuso a la misma por razones de orden formal y exigió, en todo caso, que no habiendo sido parte en el arbitraje original, si la inscripción interesada llegaba a efectuarse, se declarara que la misma en

nada la perjudicaría.

Mediante Resolución de 20 febrero 2006, la Dirección General confirmó sin matices la decisión del Registrador y lo hizo con el siguiente razonamiento:

«(...) debiendo quedar limitado su juicio [el del Centro Directivo], de acuerdo con la calificación registral, a determinar si la garantía acordada por los árbitros es una medida cautelar o no lo es por estar acordada dentro del propio laudo que pone fin a la controversia y en uno u otro caso, si esa medida requiere del auxilio judicial para su ejecución (...).

Las medidas cautelares son los mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia (cfr. art. 721.1º LEC. Siendo su finalidad ese tratamiento asegurativo (obtener una verdadera restitutio in integrum) su adopción puede tener lugar no sólo con carácter previo al proceso o en el momento inicial del mismo (art. 730.1º y 2º LEC), sino durante su tramitación y a su conclusión hasta que se despache su ejecución, salvo que ésta no se hubiera solicitado en plazo (cf. arts. 731 y 548 LEC). De acuerdo con ello, nada impedirá a ninguna de las partes en un convenio arbitral, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas (art. 11.3º LA) o hacer esa petición a los mismos árbitros, quienes podrán adoptarlas no sólo durante el procedimiento, sino en el propio laudo que lo pone fin, como una medida tendente a asegurar la efectiva ejecución de lo en él acordado (...).

Una vez determinado que la medida adoptada en el laudo tiene carácter cautelar o asegurativo, resta por decidir si para ordenar su ejecución —en este caso provocando su inscripción en el Registro de la Propiedad—, los árbitros necesitan o no del auxilio judicial (...).

De igual manera el art. 23 párrafo 2º en relación con el 44 de la misma Ley de Arbitraje, en materia de ejecución de medidas cautelares, nos remite a las normas de la legislación procesal, la cual tratándose de anotaciones preventivas nos conduce a la legislación hipotecaria (cf. art. 738 LEC). Dentro de esta última normativa, el art. 42.4º de la Ley Hipotecaria, establece, tratándose de anotación preventiva de prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que «demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere Providencia con arreglo a las Leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». El Reglamento Hipotecario desarrolla esta norma en su art. 165 para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, la cual «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandato del Juez o Tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme.

De todo lo expuesto se colige que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral se requiere el auxilio del Juez o Tribunal que resulte competente (art. 8 LA), por lo que debe confirmarse el defecto contenido en la nota de calificación».

La misma postura, con idéntica contundencia, sobre las mismas bases legales y más de doce años

después, se alcanzó por el Centro Directivo en otro asunto esencialmente equivalente que resolvió mediante Resolución 11207/2018 de 26 julio y en la que, justamente, se aludía a la doctrina ya establecida en la Resolución de 2006.

Sin embargo, pese al aparente fundamento formal del razonamiento desplegado por la Dirección General de los Registros, en mi opinión el mismo resultó contrario a Derecho por tres motivos (46) : (i) por carecer de coherencia interna; (ii) por no ajustarse a las características constitucionales del Arbitraje; y (iii) por resultar huérfano de cualquier justificación o utilidad práctica. Veámoslo.

En primer lugar, creo que el modo en que ambas Resoluciones abordan la resolución de la cuestión pretende fundarse en razones estrictamente jurídico—formales que, siendo perfectamente válidas y asumibles con carácter general, prueban en este caso la incoherencia de la decisión final.

En efecto, las Resoluciones recuerdan al recurrente la literalidad de los arts. 42.4º de la Ley Hipotecaria (47) y 165 del Reglamento Hipotecario (48) . En ambos es presupuesto para la práctica de la anotación preventiva la emisión del correspondiente mandamiento judicial. Por consiguiente — cabría decir—, si la Ley exige dicho requisito de esa forma tan clara, no cabe ya debate alguno pues no ha mediado la expedición del referido mandamiento.

Dicha lógica, sin embargo, es solamente aparente. Ambas normas hipotecarias (obviamente aprobadas antes de la promulgación de la Ley 60/2003), ni contemplaban ni podían contemplar el mecanismo de la tutela cautelar de origen arbitral (49) , simple y llanamente porque la mera existencia de dicha posibilidad jurídica (medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral) era más que cuestionada bajo el imperio de la antigua Ley 36/1988 (50) .

No en vano, las normas que se citan por el Centro Directivo en sostén de su conclusión parten de un único presupuesto común: «*El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación (...)*». Los requisitos formales que se alegaban, única y exclusivamente estaban previstos para la materialización de medidas cautelares adoptadas en vía judicial, no en vía arbitral.

Es evidente, por tanto, que dichas disposiciones, aisladamente consideradas, simplemente no ofrecían una respuesta a los problemas legales resultantes de la inscripción de una anotación preventiva ordenada *ad cautelam* por un Tribunal Arbitral, pues únicamente contemplaban escenarios de origen judicial.

Es obvio, por ende, que la solución jurídica no podía proceder solamente de una norma que ni siquiera contemplaba el supuesto de hecho base. Al aplicar el Centro Directivo una solución pretendidamente formal a la controversia (es decir, excluyendo la inscripción por exigirse mandamiento judicial como reclaman las normas citadas), en realidad incurría en la misma falta con que fundó su respuesta: denegó la inscripción porque la Ley no la contemplaba sin previo mandamiento judicial, pero no tuvo en cuenta que esa misma Ley ni siquiera abordaba el problema analizado: la inscripción de cautelas de origen arbitral.

Con ello, por supuesto, se entra (o se debió entrar) en el segundo punto de crítica que anunciábamos

más arriba y que habría exigido el recurso hermenéutico al estatuto constitucional del arbitraje con la finalidad de explorar si, a la vista de las normas en presencia (la Ley de Arbitraje de 2003 y las disposiciones hipotecarias y procesales mencionadas), existía una solución más acorde a Derecho.

Y creo que ese análisis efectivamente conducía a una solución muy distinta a la alcanzada por varias razones:

- i) El arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas no produce soluciones jurídicas menos legítimas que las judiciales; al contrario: no es solamente que se erige en *equivalente jurisdiccional* (51), sino que su fundamento último bebe de fuentes constitucionales tan trascendentales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad individual o la libertad de empresa. La fuerza expansiva que dicho basamento confiere a la institución arbitral es a mi entender muy clara: no es admisible prejuicio o cautela alguna frente a la legitimidad o la eficacia de la decisión arbitral a menos que la Ley no la ampare de forma expresa; y además, se impone —de entre varias posibles— la interpretación legal que favorezca la eficacia de la decisión arbitral.
- ii) A partir de las consideraciones anteriores, resultaría forzoso concluir en la necesidad de inscripción de la anotación preventiva sin previo mandamiento judicial (a) sea porque (desde la perspectiva estrictamente procesalista que mantiene González Leucona, M.^a Marcos (52)) la tutela cautelar no se inserta en actividad ejecutiva alguna, extremo que hace de inicio innecesario el mandamiento judicial; (b) sea porque (en los términos expuestos más arriba) la ejecutividad *erga imperium* del Laudo exige su acatamiento por parte del Registrador a menos que este detecte algún obstáculo jurídico que lo impida y que no consista en el mero origen arbitral de la cautela acordada.

Por último, en tercer lugar, no puede sino destacarse el hecho de la falta de cualquier efecto útil o jurídicamente valioso derivado de la interpretación de corte formalista alcanzada por la Dirección (53): no es sólo que en el caso concreto un justiciable tuvo que asistir al desagradable espectáculo de sucesivas inhibiciones (registrar y judicial) que impidieron dar ágil cumplimiento a una decisión arbitral que venía a satisfacer una demanda legítima de tutela jurídica; es que, además, ese mismo abstencionismo frustra de raíz parte de la esencia de cualquier medida cautelar como es la celeridad de su puesta en práctica.

Y todo ello, insistimos, sin que se apreciara circunstancia alguna dotada de un mínimo valor jurídico capaz de justificar la frustración de un interés legítimo como la que propició una interpretación de este tipo: qué duda cabe que la intervención dirimente del Juez o de otras autoridades podría haberse exigido si el Registrador hubiera detectado algún obstáculo tabular procedente de inscripciones previas, o de la coexistencia de otros intereses legítimos que sembraran ciertas dudas, o de alegaciones formuladas por parte interesada en defensa de ciertos derechos preexistentes, etc. En esos casos habría tenido todo el sentido propiciar la intervención de una autoridad dirimente, visto que tanto la ausencia de poderes coercitivos del árbitro como la de cualquier procedimiento arbitral susceptible de resolver tales discrepancias, justificarían de lleno aquella intervención.

Sin embargo, ausentes todos esos conflictos legítimos, la denegación de la inscripción sin más

justificación que la exigencia apriorística de un mandamiento judicial sobre la base de la letra de una norma nunca concebida para abordar problemas como el analizado, no sólo se compadece mal con las normas y principios jurídicos anteriormente mencionados, sino que no produciría ningún resultado práctico digno de consideración. Daría lugar, en fin, a una conocida paradoja: *summum ius, summa iniuria*.

Las Resoluciones analizadas mostraron en mi humilde opinión, precisamente, unas cautelas excesivas y no justificadas a la hora de materializar una decisión arbitral totalmente legítima, válida y eficaz.

3. El Auto nº 68/2011 de 29 abril, dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla: la competencia del árbitro y su imparcialidad como elementos de escrutinio judicial en el marco del análisis del *fumus boni iuris*

El Auto que ahora abordamos se enfrentó a una cuestión ciertamente interesante: en el marco de un procedimiento arbitral en curso, la parte actora interesó, en vía judicial, una solicitud de medidas cautelares consistente en el embargo de tres fincas registrales y la anotación preventiva de dicho embargo en aseguramiento del resultado del procedimiento arbitral. La cautela fue otorgada por el Juzgado de Primera Instancia contra la prestación de caución.

Sin embargo, la parte demandada, perjudicada por la medida, ya en esa primera instancia se resistió frente a la pretensión cautelar incorporando argumentos defensivos que cuestionaban, no ya los presupuestos ordinarios de la cautela contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*fumus, periculum*, ausencia de tolerancia, proporcionalidad, instrumentalidad, caución), sino la propia autoridad del árbitro para acordar dicha medida. En esencia, se sostenía (i) que la cuestión *sub arbitro*, en los términos planteados por la actora, excedía los límites objetivos definidos en el convenio arbitral, lo que privaba de toda autoridad al árbitro para pronunciarse sobre el *petitum* principal de la demandante y, por extensión, hacía inviable la pretensión cautelar (aun cursada por vía judicial); asimismo (ii) se argüía que el árbitro adolecía de un vicio de parcialidad insalvable que también constituía un óbice para la validez de cualquier decisión arbitral que a su vez invalidaba de raíz cualquier pretensión cautelar (también la cursada por vía judicial).

El Juzgado de Primera Instancia rechazó tales argumentos por estimar que los mismos excedían del análisis judicial pertinente de una pretensión cautelar suscitada en auxilio de un procedimiento arbitral en curso. Esta postura es interesante porque comporta un planteamiento bastante explícito sobre la cognición limitada del juez que opera en funciones auxiliares de un arbitraje y por consiguiente constituye una buena muestra de esa compleja intersección que abordamos en este trabajo entre la esfera judicial y la arbitral.

La Audiencia Provincial, sin embargo, discrepó del siguiente modo:

«La primera cuestión que se plantea en el recurso de apelación es la ausencia de apariencia de buen derecho en la solicitud de medidas cautelares. Dado que se trata de una solicitud realizada al amparo de lo previsto en el art. 722 LEC por existir un procedimiento arbitral pendiente en España,

se alega en el recurso que «si el procedimiento principal (en este caso un procedimiento arbitral) no reviste de apariencia de buen derecho, ello debe llevar al Juzgador a desestimar las medidas cautelares solicitadas» (...).

El problema que se plantea en el caso de que se soliciten medidas cautelares al juez y no al árbitro es el alcance que debe tener en este caso el principio Kompetenz—Kompetenz que establece el art. 22 LA. Para adoptar las medidas cautelares ha de concurrir el requisito de apariencia de buen derecho que establece el art. 728.2º LEC. Y el juicio indiciario sobre la prosperabilidad de la acción, que es en lo que consiste esa apariencia de buen derecho, comprende no sólo las cuestiones que afectan a los elementos constitutivos de la acción ejercitada, sino también a los obstativos al éxito de tal acción, y no sólo las cuestiones sustantivas, sino también las procesales. Una de estas cuestiones procesales obstativas al éxito de la pretensión principal ejercitada en un procedimiento arbitral sería la relativa a la falta de competencia del árbitro para resolver la pretensión respecto de la que se solicitan medidas cautelares, bien porque se considere que la cuestión controvertida excede de la que se sometió a arbitraje en el convenio arbitral, bien porque se considere que es una cuestión no arbitrable.

*Pese a la citada regla Kompetenz—Kompetenz que rige el proceso arbitral, el juez no puede ser un mero autómatas que acuerde la medida cautelar aunque considere que la pretensión respecto de la que se solicita excede de la competencia de los árbitros, porque se trate de una cuestión no susceptible de arbitraje, porque exceda del ámbito del convenio arbitral y la parte demandada lo haya opuesto o porque concurra cualquier otra circunstancia que obste la adopción por los árbitros de una decisión sobre el fondo de la cuestión sometida a arbitraje. Si la parte interesada opta por solicitar medidas cautelares en vía judicial y no ante el propio árbitro, está aceptando que el juicio indiciario sobre la prosperabilidad de la acción sea realizado por el juez, pese a que las partes hayan sometido la controversia a los árbitros y por tanto serían éstos los que deban hacer el enjuiciamiento definitivo. Y, del mismo modo, está aceptando que el juez realice ese juicio indiciario sobre la competencia del árbitro para decidir la pretensión de fondo, pues ello es también un elemento integrante del juicio de prosperabilidad en que consiste la apreciación del *fumus boni iuris*.*

*No comparte por tanto la Sala el razonamiento de la Juez a quo de que tales cuestiones «escapan a la cuestión controvertida aquí», como se dice en el auto recurrido, pues justamente afectan al juicio de prosperabilidad en que consiste la apreciación del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho».*

Pese a todo, en lo tocante a este primer obstáculo, la Audiencia concluirá que:

«En el caso de autos, la Sala considera que la delimitación de las cuestiones arbitrables que se contiene en la cláusula arbitral es suficientemente amplia como para abarcar la cuestión planteada por la hoy recurrida en su demanda arbitral, puesto que no sólo incluye la expresión en la que hace hincapié la recurrente («toda controversia o divergencia de carácter técnico que pudiera surgir entre las partes respecto a la interpretación del presente contrato»), sino también otra mucho más extensa: «...o incumplimiento de cualquier otra obligación estipulada». Dado que

el objeto de la demanda arbitral es el incumplimiento de la obligación de pago de las obras estipulada en el contrato en que se inserta la cláusula arbitral, existe una apariencia de buen derecho relativa a la competencia del árbitro para resolver sobre la cuestión sometida a arbitraje. Todo ello sin perjuicio de la decisión que sobre su propia competencia haya de adoptar la árbitro designada por las partes».

En mi opinión, a pesar de que la conclusión alcanzada por la Sala fue adecuada en lo tocante a la valoración última acerca de la competencia arbitral, la metodología empleada (a saber: el escrutinio de esa competencia en el marco de una pieza cautelar de auxilio al arbitraje, a partir del análisis del presupuesto del *fumus*) no lo es.

Creo que son varias las razones que se deben tener en cuenta.

i) En primer lugar, es la propia Ley la que ha establecido una diferenciación muy clara entre competencia o jurisdicción de un lado y adopción efectiva de la medida cautelar de otro (*vid.* art. 11.3º LA), de suerte que la solicitud cursada al juez —incluso antes de la incoación del procedimiento arbitral— no comportará ninguna renuncia a la jurisdicción arbitral convenida por las partes (en este sentido, también, el Convenio de Ginebra de 1961, art. VI.4º). La norma, de este modo, parece bien alineada con el carácter esencialmente precautorio y urgente de la medida cautelar, siempre ajena a un juicio sobre el fondo del asunto y siempre respetuosa con una cognición limitada de la pretensión principal. Estas circunstancias, por tanto, apuntarían a una autonomía (siquiera temporal) de las cuestiones netamente cautelares respecto de los problemas jurisdiccionales.

Siendo ello así, no resultaría adecuado que cupiese entrar a valorar judicialmente como elemento del *fumus* la cuestión concerniente a la competencia arbitral. En sentido similar, señalaban J.F. Merino Merchán y J.M.ª Chillón Medina (54) que:

«¿Deberá el tribunal requerido, para adoptar estas medidas, proceder a un examen de la validez del acuerdo arbitral que las posibilita? Entendemos que no, y ello por una doble razón:

Por el carácter propio de estas medidas, que no prejuzgan el fondo del asunto, bastando para paliar el perjuicio que se ocasionare con exigir afianzamiento; y además porque, según hemos visto, la intervención del tribunal nada prejuzga en cuanto a la competencia o incompetencia de la jurisdicción estatal, en cuyo caso sí sería exigible, conforme a la Convención de 1961, el examen previo de la validez del acuerdo arbitral.

El régimen para la solicitud o denegación de estas medidas, aunque nada se establezca en el Convenio Europeo, será el establecido por el ordenamiento del foro».

ii) En segundo lugar, debe añadirse que la anterior conclusión, además, está en línea con una —a mi juicio—, aplicación razonable de la regla *kompetenz—kompetenz*, máxime en un caso como el analizado en el que la árbitra ya había confirmado su propia competencia (art. 22 LA).

Erróneo sería entender que la postura de la Audiencia podría encontrar fundamento en dos fuentes de indiscutible relevancia como la Ley Modelo UNCITRAL o la reciente postura del Tribunal Supremo

español acerca de la doctrina *kompetenz—kompetenz*. Veámoslo.

De un lado, es muy cierta la admisión explícita en la Ley Modelo UNCITRAL desde 2006, del análisis por el juez de la validez del convenio arbitral y de potenciales vicios *ultra vires*, en el marco de la ejecución / anulación judicial de una decisión cautelar de origen arbitral (55). Sin embargo, este primer argumento en sostén de la postura de la Audiencia no es convincente porque las previsiones UNCITRAL lo que contemplan es la valoración judicial de una decisión arbitral (para ejecutarla o anularla) y no, como sucede aquí, la valoración judicial de otra decisión judicial (dictada en auxilio de un procedimiento arbitral en curso). La Audiencia, como se ha apuntado, estaría confundiendo planos que resultan relativamente independientes (56): el de los presupuestos netamente cautelares de la tutela pretendida (*i.e.*, qué condiciones materiales permiten concederla) y el de las cuestiones de orden jurisdiccional (*i.e.*, quién debe conocer de la pretensión principal).

De otro lado, el razonamiento de la Audiencia también podría tratar de encontrar mayor encaje en el posicionamiento explícito del Tribunal Supremo español a favor de lo que, en su Sentencia 409 de 27 de junio de 2017, ha denominado «tesis débil» de la doctrina *kompetenz—kompetenz* (57). No obstante, de nuevo es necesario señalar que dicho precedente nada tiene que ver con la intersección entre los problemas jurisdiccionales para el conocimiento de la pretensión principal y las condiciones materiales para la prosperabilidad de la pretensión cautelar — por el contrario, versa sobre la cognición plena del juzgador en el marco de una declinatoria para abordar la cuestión principal en materia jurisdiccional: a quién corresponde la competencia para decidir el fondo del asunto.

Se observan ciertos prejuicios en el juez respecto de la confiabilidad del árbitro o del propio sistema arbitral; o cuanto menos se revelan importantes reticencias (cautelares, precisamente) a la hora de hacer posible su funcionamiento pleno

En mi opinión, la solución más equilibrada habría sido, tal y como apuntó el Juzgado de Primera Instancia, prescindir por completo de la cuestión relativa al escrutinio de los problemas jurisdiccionales concernientes a la validez, eficacia o extensión del convenio arbitral (58). Nótese, además, que la Audiencia yerra significativamente al sugerir que ese tipo de problemas, de confirmarse, serían jurídicamente equiparables a una falta de *fumus boni iuris*; pero ello no es cierto: dirima la cuestión un juez o un árbitro la pretensión principal se mantendrá invariable y, por consiguiente, la finalidad propia de la cautela (que es provisional, precautoria y se caracteriza por su urgencia y no afectación del fondo del asunto) no puede ser contaminada con dicho debate.

La Audiencia, en todo caso, acabó finalmente revocando las medidas cautelares otorgadas en primera instancia sobre la base del siguiente razonamiento:

«Sin embargo, otra solución ha de adoptarse respecto de la segunda causa de impugnación esgrimida para desvirtuar el juicio de prosperabilidad del proceso arbitral promovido por la hoy recurrida, y es el relativo a la imparcialidad del árbitro (...).

La apreciación de la propia imparcialidad y la resolución de la recusación formulada por las partes corresponde en principio al propio árbitro (art. 18.2º LA). Pero su decisión es susceptible de impugnación judicial. El listado de causas de anulación del art. 41.1º LA no prevé específicamente una causa de anulación que consista en tal falta de imparcialidad. Pero el art. 18.3º LA prevé que «si no prosperase la recusación... la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo» y tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales ha estimado que la falta de imparcialidad del árbitro es una causa de anulación del laudo, encuadrándola en ocasiones en la de designación del árbitro o procedimiento arbitral que no se ajusta al acuerdo de las partes y, en su defecto, a la LA (art. 41.1º.d LA) y en otras ocasiones en la contrariedad del laudo al orden público (art. 41.1º.f LA).

Considera la Sala que al valorar la prosperabilidad de la demanda arbitral, de la que es accesoria la petición de medidas cautelares ante el juez, a efectos de determinar la existencia o inexistencia de fumus boni iuris, ha de enjuiciarse también el extremo relativo a la prosperabilidad de la recusación del árbitro o, caso de no aceptar éste la recusación, la prosperabilidad de la impugnación ulterior del laudo que pueda formularse por falta de imparcialidad del mismo, porque un juicio positivo de tal posibilidad implica, correlativamente, un juicio negativo a la prosperabilidad de la pretensión formulada en la demanda arbitral (...).

Pues bien, de lo actuado resulta que la árbitro mantiene unas relaciones conflictivas con la hoy recurrente, demandada en el proceso arbitral, como consecuencia de las desavenencias existentes entre las mismas derivadas del contrato de compraventa de vivienda concertado en su día por la árbitro y la demandada y la resolución de dicho contrato pretendido por la árbitro y no aceptado por la demandada en el proceso arbitral, sin entrar en otras diversas actuaciones realizadas por la hermana de dicha árbitro en relación con la obra a que se refiere el proceso arbitral, en la que la árbitro había actuado como arquitecto.

Ello fue puesto de manifiesto por la hoy recurrente en el proceso arbitral, en el que formuló la recusación de la árbitro por estas razones en su primer escrito, formulando asimismo la advertencia de que, de no ser admitida, sería hecha valer posteriormente en la impugnación del laudo arbitral.

Lo expuesto muestra que, al menos prima facie, y sin perjuicio de la decisión que adopte la propia árbitro al respecto, y de la que pueda adoptar el órgano judicial que pudiera conocer en su día de la impugnación del laudo fundado en dicha causa, la prosperabilidad del proceso arbitral en el que se ha formulado la pretensión principal de la que estas medidas cautelares son accesorias se muestra como improbable a causa de las circunstancias que afectan a la imparcialidad de la árbitro».

En esta ocasión las discrepancias que suscita el razonamiento judicial son tan profundas como antes:

la parcialidad del árbitro, qué duda cabe, debe tenerse muy en cuenta por el juez a la hora de pronunciarse sobre la ejecución o anulación de las decisiones que ese mismo árbitro adopte (conciernan al debate principal o al cautelar). Pero en este caso la decisión *sub iudice* no es de origen arbitral, sino judicial (las medidas cautelares acordadas por el Juzgado de Primera Instancia) y en ella se han confirmado los presupuestos que al respecto establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En mi opinión, revocar esa decisión aludiendo a la parcialidad de la árbitra supone: (i) desconocer la finalidad precautoria y provisional propia de cualquier medida cautelar; (ii) desconocer que esa finalidad es relativamente independiente de los problemas concernientes al quién *decide*; (iii) desconocer que aún si la árbitra resultara parcial, la medida cautelar no habría sido adoptada por ella ni a su instancia, sino por un juez ordinario predeterminado por la Ley; y (iv) en fin, desconocer que incluso si —de nuevo— la árbitra resultara parcial y quedara removida, ello no constituiría (como llamativamente sostiene la Audiencia) un óbice para la prosperabilidad de la pretensión principal respecto de la que la cautelar es vicaria, pues simple y llanamente otro árbitro (o incluso un juez) deberían resolver la misma pretensión principal cuya mayor o menor prosperabilidad será jurídicamente invariable con independencia de quién la dirima.

Debo mencionar, por último, la igualmente criticable justificación que se lee en la resolución analizada a la hora de consumir la extensión exorbitante del análisis del *fumus* (59) llevada a cabo por la Audiencia y a la que ya hemos hecho mención. Leemos en la resolución que:

*«Si la parte interesada opta por solicitar medidas cautelares en vía judicial y no ante el propio árbitro, está aceptando que el juicio indiciario sobre la prosperabilidad de la acción sea realizado por el juez, pese a que las partes hayan sometido la controversia a los árbitros y por tanto serían éstos los que deban hacer el enjuiciamiento definitivo. Y, del mismo modo, está aceptando que el juez realice ese juicio indiciario sobre la competencia del árbitro para decidir la pretensión de fondo, pues ello es también un elemento integrante del juicio de prosperabilidad en que consiste la apreciación del *fumus boni iuris*».*

Con independencia de que ya ha sido probado que nada tiene que ver el presupuesto legal del *fumus boni iuris* con los problemas de orden jurisdiccional a los que se refirió la Audiencia, no está de más apuntar que la idea que desliza la resolución aludiendo a que el justiciable escoge con total indiferencia o libertad entre la vía judicial o la arbitral a la hora de promover su pretensión cautelar, tampoco es cierta. Como ya tuvimos ocasión de apuntar al inicio de este trabajo, las partes, aun queriendo someter toda su controversia a arbitraje, cuando de cuestiones de orden cautelar se trata, lo cierto es que saben bien que no obtienen la misma eficacia en la vía judicial que en la arbitral, justamente porque en esta última carecen de los mecanismos expeditivos asociados al poder coercitivo de la jurisdicción estatal (sin los cuales la tutela cautelar puede ser una quimera). Por consiguiente, la elección a la vía judicial no debiera considerarse como indiferente o irrelevante porque no lo es, ni mucho menos emplearse ese argumento para fundar una decisión.

Del conjunto de cuanto se ha indicado se observa de nuevo, en mi opinión, ciertos prejuicios en el juez respecto de la confiabilidad del árbitro o del propio sistema arbitral; o cuanto menos se revelan importantes reticencias (cautelares, precisamente) a la hora de hacer posible su funcionamiento pleno.

III. CONCLUSIÓN

De cuanto se ha expuesto creo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

A.- El Derecho Arbitral español ofrece una protección de la tutela cautelar de los intereses legítimos de los contendientes, altamente satisfactoria y plenamente alineada con los demás ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno político y económico.

B.- Sin perjuicio de lo anterior, nuestro sistema (como tantos otros) arrastra ciertos recelos o prevenciones hacia la autoridad arbitral en materia cautelar. Particularmente:

- Excluye de manera tajante la potestad ejecutiva del árbitro para la materialización de las cautelas que él mismo adopta, extremo que tiene una incidencia singular en la eficacia de las mismas y que impacta sobre la credibilidad del arbitraje como mecanismo autónomo y pleno para la resolución extrajudicial de conflictos.
- No extrae todas las potencialidades que nuestro Derecho Arbitral ofrece respecto de la ejecutividad del Laudo u Orden Cautelar —singularmente en lo que hemos denominado ejecutividad *erga imperium*—.
- Sigue arrastrando vicios metodológicos que tienden a imponer criterios analíticos propios de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la valoración judicial de las decisiones arbitrales de tipo cautelar.

C.- A raíz de los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en materia arbitral, se abren importantes avenidas para una más sólida justificación y expansión de las virtualidades de la institución arbitral que razonablemente deberían también proyectarse sobre la función cautelar que desempeñan los árbitros (6o) .

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S. (dir.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, vol. II, Wolters Kluwer, 2009, p. 1944.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho Procesal Civil*, III. Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coord.), *El Proceso Arbitral en España a la luz de la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Wolters Kluwer , 2021.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII , 2007, p. 23—60.

GONZÁLEZ BUENO, C., «Article 23 [Authority of the arbitrators to adopt interim measures]», *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Madrid, Dykinson, S.L., 2016, pp. 149—150.

GONZÁLEZ LECUONA, M.M., «La Potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil—Mercantil*, n.º 13/2009.

KUHN, W. y SHENTON, D. (eds.), *Interim court remedies in support of arbitration : a country-by-country analysis based on papers presented by the Section on Business Law's Committee on Procedures for Settling Disputes at the SBL Toronto Conference 1983 and revised and updated for this publication*, Londres, International Bar Association, 1987.

MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

PENADÉS FONTS, M. y TENT ALONSO, P., «The New York Convention and the Enforcement of Arbitration Agreements by National Courts: What level of review?», *60 Years of the New York Convention. Key Issues and Future Challenges*, Wolters Kluwer, 2019.

YESILIRMARK, A., *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*», vol 12, Capítulo 2, Kluwer Law International, 2005.

.....

(1)

Árbitro censado ante el Tribunal de Arbitraje de Valencia; Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universitat de València; *Master of Laws* (LLM — *Corporate and Commercial Law*) por la *London School of Economics and Political Science*. Las opiniones del autor son exclusivamente suyas y no representan en modo alguno el pensamiento de las organizaciones e instituciones de las que forma parte o con las que colabora.

[Ver Texto](#)

(2) Son numerosos los pronunciamientos del Supremo Intérprete en los que ha puesto de manifiesto la trascendencia constitucional de las medidas cautelares vista su inmediata vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la Sentencia 14/92, en su fundamento jurídico 7º, indicará que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»; la Sentencia 238/92, fundamento jurídico 3º, funda la pertinencia de tales medidas cautelares en «la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1º CE desprovisto de eficacia», y rechaza la posibilidad de la supresión completa de este tipo de tutela, «pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que (...) se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva».

[Ver Texto](#)

(3) Sin perjuicio de matices posteriores, empleamos el concepto en su sentido más amplio, esto es, alusivo tanto a medidas de tipo precautorio, como a medidas anticipatorias del fallo o de conservación de elementos probatorios.

[Ver Texto](#)

- (4) Citado por A. Yesilirmark en *International Arbitration Law Library*, vol 12, Capítulo 2, Kluwer Law International, 2005.

[Ver Texto](#)

- (5) *Ibíd.*, La figura se habría incorporado al *Fisrt Pan—American Financial Congress* para la resolución de disputas que ocurrieran entre empresarios estadounidenses y argentinos. La fórmula que se empleó entonces fue la siguiente:

«If a controversy which is submitted to arbitration involves merchandise, the committee on arbitration which will have supervision of the case may, after communication with the parties, sell the merchandise or take such action as may, in their judgment, be advisable to avoid increased loss. The proceeds of such sales shall be deposited in bank to await the award of arbitrators.»

[Ver Texto](#)

- (6) El art. 11 del Reglamento de 1939 introdujo un nuevo párrafo en el que se indicaba: *«Before or in the course of the proceedings anyone or more of the parties can, if they deem this preferable, apply to any competent judicial authority for provisional or conservatory measures, without this thereby violating the arbitration clause by which they are bound. Notice of such an application shall be given forthwith to the Court of Arbitration.»*

[Ver Texto](#)

- (7) W. Shenton, David y Kuhn, Wolfgang (eds.) en *Interim Court Remedies in Support of Arbitration* (International Bar Association, 1987).

[Ver Texto](#)

- (8) A. Yesilirmark en *International Arbitration Law Library.*, párrafo 2.50, capítulo 2º.

[Ver Texto](#)

- (9) G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, Wolters Kluwer, 2009, p. 1944).

[Ver Texto](#)

- (10) J.C. Fernández Rozas, «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p. 23—60.

[Ver Texto](#)

- (11) Caso, por ejemplo, del art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador de fecha 29 de noviembre del 2006, al que nos referiremos posteriormente.

[Ver Texto](#)

- (12) Bajo el imperio de aquella norma pudieron leerse resoluciones judiciales de signo totalmente contradictorio aun procedentes de una misma Audiencia. Así, por ejemplo, el caso de los Autos de 26 de mayo y 25 de noviembre de 1994, ambos de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- [Ver Texto](#)
- (13) Algunos reputados procesalistas se mostraron abiertamente contrarios al reconocimiento de cualquier poder cautelar a favor de los árbitros. Señaló M.A. Fernández Ballesteros, *Derecho Procesal Civil*, III, Madrid, 1995, p. 407): «(...) puesto que implican el uso de la potestad — e incluso pueden implicar el uso de la coacción — y causar graves daños al patrimonio o al crédito del demandado frente a quien se adoptan, las medidas cautelares, como las ejecutivas, sólo pueden ser ordenadas por los órganos jurisdiccionales. De ahí que los árbitros no puedan acordar medidas cautelares, ni siquiera cuando las partes les hayan autorizado expresamente para ello».
- [Ver Texto](#)
- (14) J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, p. 1557: «El art. 23 de la Ley de Arbitraje de 2003 introduce realmente una novedad de signo revolucionario en nuestro derecho: el poder de los árbitros para adoptar medidas cautelares.»
- [Ver Texto](#)
- (15) Por todas: SSTC n.º 17/2021, de 15 de febrero (BOE 22.3.2021) y n.º 65/2021, de 15 de marzo.
- [Ver Texto](#)
- (16) Por todos, *El Proceso Arbitral en España a la luz de la Doctrina del Tribunal Constitucional* (coord. J.C. Fernández Rozas), Madrid, Ed. Wolters Kluwer, 2021.
- [Ver Texto](#)
- (17) Sentencia n.º 65/2021, de 15 de marzo (FFJJ 4, 5 y 6).
- [Ver Texto](#)
- (18) Sentencia n.º 17/2021, de 15 de febrero (FJ III).
- [Ver Texto](#)
- (19) Indica la norma que: «1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.»
- [Ver Texto](#)
- (20) Leemos en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje: «La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar.» Nótese que ni siquiera se contempla una definición. El

art. 17.2º de la Ley Modelo UNICTRAL, tras la reforma de 2006, establece la siguiente:

«Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.»

Del mismo modo, a diferencia de la Ley española, la norma UNCITRAL sí describe los presupuestos de prosperabilidad de la pretensión cautelar (art. 17.A):

«1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del art. 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del art. 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno».

[Ver Texto](#)

⁽²¹⁾ Leemos en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje (*V in fine*): «Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.»

[Ver Texto](#)

⁽²²⁾ No se establece ningún tipo de limitación a esta vía judicial aunque el procedimiento arbitral ya se haya iniciado, a diferencia de lo que sucede ante la CCI (*vid.* art. 28.2º Regl. 2021).

[Ver Texto](#)

⁽²³⁾ Dispone el art. 8 LA que:

«3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 LEC.

4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.»

[Ver Texto](#)

(24) En línea con las normas de arbitraje comercial internacional, dispone el art. 11.3º LA que:

«El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.»

Obsérvese que si bien en el caso de las cautelas judiciales *ante causam* resulta necesario interponer demanda en un plazo de 20 días desde la adopción de aquellas para que las mismas conserven su eficacia, no será así en el caso de las medidas cautelares decretadas por el juez en auxilio de un arbitraje aún no incoado. En este último caso señala el art. 730.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que:

«El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.»

[Ver Texto](#)

(25) Dicha posibilidad ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia (por todas, STSJ Cataluña n.º 22/2016 de 7 de abril, que analizaremos posteriormente) y tiene reflejo en los reglamentos de múltiples centros de administración arbitral españoles. Nótese igualmente que el art. 17.B de la Ley Modelo UNICITRAL también admite este tipo cautelar en la medida en que exista acuerdo entre las partes (acuerdo que obviamente consta cuando los contendientes se someten a un reglamento arbitral que hace posible la cautela *inaudita parte*); sin embargo el art. 17.C indica con claridad que la *orden preliminar* en la que se materializará esta cautela *ex parte*, tendrá una vigencia de 20 días desde el de su adopción (sin perjuicio de prórrogas tras oír a la parte afectada) y en todo caso no será judicialmente ejecutable.

[Ver Texto](#)

(26) Leemos en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje (*V in fine*): «Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes.»

Por su parte, el art. 23.2º de la misma norma dispone:

«A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.»

El art. 44 de la misma norma dispone:

«La ejecución forzosa de los Laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.»

[Ver Texto](#)

(27)

Señalaba A. Yesilirmak, en «Provisional Measures in International Commercial Arbitration», en International Arbitration Law Library, vol 12, Capítulo 6, apartado 6.16 (Kluwer Law International, 2005) que:

«It is felt that the arbitrator's lack of coercive powers causes a problem and this problem may result in infringement of arbitrating parties» rights. Consequently, it may ultimately hamper the effectiveness of international arbitration, which will in turn have an adverse effect on the future of international commercial arbitration.»

Por más que se trate de una cuestión evidente, piénsese que es elemento esencial de cualquier eficacia de la medida cautelar el hecho de que esta se ejecute con la mayor agilidad. En materia arbitral, sin embargo, no podrá ser el árbitro quien lleve a cabo esa tarea trascendental sino que deberá ser un juez, a través de la incoación de un nuevo proceso, el que desempeñe ese papel con el evidente detrimento que ello comporta para la eficacia de una medida de estas características.

A su vez, indicaba Fernández Rozas, J.C. en «Arbitraje y Justicia Cautelar» publicado en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (Vol. XXII, 2007, p. 26):

«Es obvio que ambos procedimientos, jurisdiccional y arbitral, deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia (...). Pese a estas razones de evidente peso, aún no se ha conseguido la equiparación de la justicia cautelar en ambos métodos, judicial y arbitral, de arreglo de controversias, en función, prima facie, de la carencia de imperium de los árbitros.»

[Ver Texto](#)

(28) Cicero, M.T. en *De Re Publica. De Legibus* (Loeb Classical Library, 1977).

Por su parte, González Lecuona, M.ª M., en «La Potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España», publicado en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil—Mercantil* n.º 13/2009, señalaba:

«Esto no significa que repugne a la esencia de la justicia el que otras autoridades [distintas a las judiciales], bien privadas o públicas, pudieran ser los titulares de la potestad ejecutiva en el ámbito civil; sin embargo, lo que significa es que en el momento histórico actual, y en nuestro entorno jurídico, son los órganos jurisdiccionales los que aportan mayores garantías (...).»

[Ver Texto](#)

(29) A. Yesilirmak, en «Provisional Measures in International Commercial Arbitration», en International Arbitration Law Library, vol 12, Capítulo 6, apartado 6.21 (Kluwer Law International, 2005)

[Ver Texto](#)

(30) Aunque desde luego no se trata, ni mucho menos, de la misma situación, adviértase, por ejemplo, el sentido estrictamente punitivo con el que las costas de un cierto proceso cautelar fueron impuestas por el árbitro a una parte recalcitrante y como la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó en su Sentencia 124/2009, de 16 de abril, la motivación de ese «castigo»: «De otro lado, el laudo motiva de manera suficiente la extensión de la condena en costas a las actuaciones cautelares, dada la mala fe que ha observado la parte instada al contravenir la medida cautelar (la junta de

disolución, según parece, fue celebrada pese a la prohibición) y negarse a satisfacer los costes del arbitraje. Y esta motivación no resulta contraria al orden público; de hecho está amparada en abstracto por el art. 394.2º LEC.»

[Ver Texto](#)

(31) Señalaban, por ejemplo, J.F. Merino Merchán y J.M.^a Chillón Medina, *op. cit.*, p. 571, que: «Por lo que se refiere al ámbito de las medidas cautelares, debe quedar claro que el árbitro puede adoptar cualquier medida asegurativa o cautelar, pero siempre en el plano declarativo, salvo que las partes convencionalmente o estatutariamente le hayan otorgado expresamente este plus de competencia a los árbitros, a fin de dotar de efectividad la realización práctica de las citadas medidas incluyendo su fase ejecutiva. / Dicho con otras palabras, la potestad de adopción de medidas cautelares declarativas, siempre se presume a favor del árbitro, a partir de la entrada en vigor de la Ley 60/2003. Mientras que la adopción de medidas cautelares ejecutivas deben ser expresamente establecidas y aceptadas por las partes en el convenio o por encontrarse incorporadas en el reglamento arbitral al que los interesados se remiten para el procedimiento y solución de sus conflictos.»

[Ver Texto](#)

(32) Señalaba S. Barona Vilar, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Thomson Civitas, 2007, p. 846):«(...) cuando se hace referencia a la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, el legislador quiere necesariamente referenciar que los árbitros pueden «decir» la medida cautelar, pueden declarar una medida, empero para su ejecución se hace necesario acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, *siempre y cuando* se requiera de una fuerza coactiva para aplicar la medida al caso concreto» (la cursiva es añadida).

[Ver Texto](#)

(33) Se incorpora aquí el siguiente matiz por parte de G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, Wolters Kluwer, 2009, pp. 1965 y 1967): «(...) *the line between «direct coercive measures of enforcement» and other actions by an arbitral tribunal, is sometimes less clear than often assumed. A tribunal may, for example, order a party to deliver property or funds to it, for safekeeping during the course of arbitral proceedings. Once such an order is complied with, the tribunal does, in almost all practical senses, exercise coercive authority to enforce its awards (i.e., it controls disposition of the disputed property or funds). (...) Nevertheless, the better way of considering such power is that they arise only in rare circumstances, where the parties have granted a tribunal a type of self-executing authority, which any private party could exercise in a contractual manner (e.g. an escrow agent). This sort of power is not exactly equivalent to direct coercive authority, such as imposing fines, penalties, or criminal sanctions, which remains the sole prerogative of national courts. It has also occasionally been suggested that an arbitral tribunal could order financial penalties of a contractual nature, in order to compel a party to comply with provisional measures. Indeed, some national laws provide arbitrators with the power to impose sanctions on a party for failing to comply with their interim orders. On the other hand, a tribunal's imposition of penalties raises enforceability issues under at least some national laws.»*

[Ver Texto](#)

(34) G. Born, en *International Commercial Arbitration*, vol. II, Wolters Kluwer, 2009, p. 1965, 1966) señala : «(...) *an arbitral tribunal's power are virtually always limited to the parties to the arbitration and the*

arbitration agreement. As a consequence, an arbitrator generally can (and will) order provisional measures only against the parties to the arbitration. He or she will not have the power to order, for example, attachment or preservation of property held by a third party (...). Among other things, a tribunal may not order the attachment of assets in the custody and control of a non party. Despite the foregoing, an arbitral tribunal would have the power to order a party to take steps vis—à—vis third parties to prevent or accomplish specified actions. For example, a corporate entity could be ordered to direct its subsidiary to take certain steps (e.g. return or preserve specified property, deliver or safeguard funds).»

[Ver Texto](#)

(35) Dispone el art. 591 LEC (aplicable en sede cautelar *ex art.* 738 del mismo cuerpo legal):

«1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución (...).

2. El Tribunal, previa audiencia de los interesados, podrá, en pieza separada, acordar la imposición de multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el Tribunal les haya requerido con arreglo al apartado anterior.»

[Ver Texto](#)

(36) A modo de ejemplo: dudas fundadas sobre la autenticidad o sobre el contenido de la decisión que se le dirige; riesgo razonable de daño patrimonial propio en caso de ejecución de la medida; imposibilidad de contrastar determinados extremos sensibles con la parte vencida en el procedimiento cautelar que genere dudas acerca del propio procedimiento arbitral...

[Ver Texto](#)

(37) Si el sujeto A comparece ante la entidad financiera y le informa de que el sujeto B le adeuda dinero, pidiendo a continuación que congele la cuenta bancaria de este último porque sospecha que quiere deshacerse de tales fondos y frustrar de ese modo el crédito de A, es evidente que la entidad financiera no solamente podrá, sino que deberá ignorar por completo semejante petición. Sin embargo, si esa misma solicitud se le cursa de forma genuina desde el Tribunal Arbitral y con las solemnidades propias de un Laudo Cautelar motivado y adoptado en defensa de intereses legítimos, no parece razonable aceptar en Derecho que la entidad financiera, aun sin estar sujeta a obediencia alguna hacia el referido Laudo, pueda responder del mismo modo indiferente que en el supuesto anterior, pues en tal caso sería por completo ilusoria la idea de una mínima protección efectiva en vía arbitral de los intereses legítimos de la parte que escogió esa fórmula de resolución de conflictos.

[Ver Texto](#)

(38) M^aM. González Lecuona, «La Potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil—Mercantil* n.º 13/2009, expresa algunas de esas ideas preconcebidas:

«(...) son los órganos jurisdiccionales los que aportan mayores garantías de independencia e imparcialidad y los que poseen una formación más adecuada para afectar (al proceso de ejecución) bienes del patrimonio del deudor respetando las normas jurídicas y considerando los derechos e intereses de las dos partes en conflicto; y esta es la razón que aconseja que sean precisamente ellos los titulares exclusivos de la potestad de ejecutar lo juzgado.

(...) Ciertamente este salto cualitativo por el que se asimile las facultades de jueces y árbitros en materia cautelar, puede ser criticado teniendo en cuenta que el arbitraje es una forma privada de administrar justicia, que los árbitros no siempre proceden del mundo jurídico, que las actuaciones de los arbitrajes son confidenciales y difícilmente controlables por la opinión pública, que el laudo suele carecer de recurso de apelación por lo que se decide en única instancia y que los mecanismos de independencia e imparcialidad se resuelven en el ámbito interno de cada arbitraje y pueden ofrecer menos garantías jurídicas que los mecanismos jurisdiccionales que de suyo son públicos. No cabe tampoco olvidar que no todas las instituciones arbitrales o Cortes Arbitrales tienen el mismo prestigio y este dato puede ser relevante a la hora de asumir las decisiones de los árbitros, en materia de medidas cautelares, según inspiren mayor o menor confianza».

[Ver Texto](#)

(39) Específicamente referido a las resoluciones cautelares arbitrales, señala el art. 17 l.2 *in fine* de la Ley Modelo UNCITRAL tras sus reformas de 2006: « El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.»

[Ver Texto](#)

(40) Merece la pena destacar aquí que la Ley Modelo UNICTRAL, tras la reforma de 2006, sí contempla un mecanismo de control del Laudo u Orden Cautelar más específico. Dispone su art. 17 l.1 lo siguiente: «1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del art. 36; o ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o b) si el tribunal resuelve que: i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del art. 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.»

[Ver Texto](#)

(41) Nótese, sin embargo, que —en una aportación criticada por importantes comentaristas: G. Born, *op. cit.*, p. 1965, 1979, 1980)— la reforma de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL sí especificó parámetros materiales para la concesión de la medida cautelar en su art. 17A:

«1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del art. 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda

determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del art. 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.»

[Ver Texto](#)

(42) C. González Bueno, «Spanish Arbitration Act, Article 23 [Authority of the arbitrators to adopt interim measures]», *The Spanish Arbitration Act: A Commentary*, Madrid, Dykinson, S.L., 2016, pp. 149—150.

[Ver Texto](#)

(43) G. Born, *op. cit.*, p. 2012.

[Ver Texto](#)

(44) Según se indica en la propia resolución, los motivos que ofreció la propia árbitra atendieron al hecho de que: «(...) l'actuació dels administradors de la societat durant la pendència del procés arbitral fins a la data —en els termes que s'exposen— de la que es desprèn la imposició a la actora de fets consumats respecte de qüestions que són objecte de controvèrsia i objecte del procediment arbitral en curs... actuacions que podrien perjudicar els drets de la part actora, que ostenta un interès legítim en que aquestes qüestions es ventilin amb totes les garanties oportunes durant el procés iniciat i a l'eficàcia de l'eventual resolució que li pogués ser favorable al finalitzar el procés, en relació amb el principi constitucional de tutela judicial efectiva.»

[Ver Texto](#)

(45) Concretamente, la fórmula que se empleaba era: «En garantía de los derechos de la sociedad mercantil Tau Tres, SL, y hasta tanto quede totalmente consumado el contrato o se resuelva en los términos establecidos anteriormente, dicha sociedad podrá instar la anotación preventiva del presente laudo en el Registro de la Propiedad número dos de Málaga, al margen de las fincas números... y..., propiedad de los vendedores, al amparo del art. 26.3º de la Ley Hipotecaria, sin que se acompañe mandamiento judicial que la ordene».

[Ver Texto](#)

(46) No abordaré aquí la cuestión acerca de si la «garantía» incorporada por el Tribunal Arbitral al Laudo debe ser jurídicamente calificada o no como medida cautelar. Asumiré que lo es —pues el objeto del presente debate pretende, justamente, comprender el tratamiento jurídico de la autoridad cautelar arbitral— como así lo entendió la Dirección General. No puedo dejar de señalar, sin embargo, que la definición de medida cautelar contenida en la Ley Modelo UNCITRAL tras las importantes reformas operadas en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, resultó muy esclarecedora: «Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que (...)».

[Ver Texto](#)

(47) Indica dicho precepto: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro

correspondiente:

Cuarto. El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.»

[Ver Texto](#)

(48) Señala la norma en cuestión: «Toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme.»

[Ver Texto](#)

(49) El Reglamento Hipotecario se limita a aludir en su art. 38 a la inscripción de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras cuando hubieran sido reconocidas por autoridad competente.

[Ver Texto](#)

(50) Por todas: Sentencia 22/2016, de 7 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña («Es cierto que antes de la promulgación de la vigente LA/2003 solo cabía el recurso de acudir a los órganos judiciales para solicitar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales»); Auto de 26 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Barcelona, o el de 21 de julio de 1992, de la Sección 15ª también de la Audiencia Provincial de Barcelona.

[Ver Texto](#)

(51) Finalmente, con las aclaraciones y limpieza de equívocos proclamados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero de 2021: «Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) — y luego reiterada en posteriores— de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral.»

[Ver Texto](#)

(52) M.M. González Lecuona, señala en «La Potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España», publicado en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil—Mercantil* n.º 13/2009, que:

«En coherencia con lo expuesto hasta ahora, nosotros no cuestionamos que la ejecución procesal civil sea atribución exclusiva de la jurisdicción y, en consecuencia, que la misma le esté vedada a los árbitros; sin embargo, sí estamos defendiendo que la actividad consistente en dotar de efectividad a una medida cautelar no es una manifestación de la potestad de ejecución (*imperium*) por lo que no encontramos obstáculos, en línea de principios, para reconocer esta facultad a los árbitros puesto que forma parte de su potestad declarativa (*jurisdictio*).»

[Ver Texto](#)

(53) El propio Centro, en su Resolución de 2018, se vio en la necesidad de excusar este paradójico resultado señalando que «Esta Dirección General no puede entrar a valorar si el auxilio judicial legalmente previsto es conveniente o no o, si como afirma el escrito de recurso, nada añade a la actuación del árbitro».

[Ver Texto](#)

(54) *Tratado de Derecho Arbitral, op. cit ., p. 1550.*

[Ver Texto](#)

(55) El art. 17 l de dicha norma modelo señala: «Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que: i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del art. 36.»

A su vez, este último artículo indica lo siguiente en sus apartados i) y iii): «que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo»; «que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras»

[Ver Texto](#)

(56) Aunque en un asunto de Derecho Marítimo, es elocuente la Sentencia 401/2006 de 19 de abril del Tribunal Supremo: «No es obstáculo a esta conclusión que, como ocurre en el supuesto planteado, la existencia del convenio arbitral no haya sido puesto de relieve en sede cautelar, pues el momento del embargo no es el idóneo para oponerse al fondo del asunto ni para formular excepciones que están reservadas a la contestación a la demanda. En consecuencia, la petición de una medida cautelar, en este caso el embargo preventivo de buque, existiendo un convenio arbitral, no implica renunciar al arbitraje pactado, como tampoco el hecho de hacer valer la cláusula arbitral en el proceso principal posteriormente entablado». Incidiendo en esa misma separación, el Auto 29/2005, de 28 de febrero de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares. En sentido contrario, el Auto 78/2007, de 13 de marzo, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

[Ver Texto](#)

(57) No obstante, ya tuvimos ocasión de expresar la existencia de sólidas críticas frente a dicho pronunciamiento en M. Penadés Fons y P. Tent Alonso, «The New York Convention and the Enforcement of Arbitration Agreements by National Courts: What level of review?» en *60 Years of the New York Convention. Key Issues and Future Challenges*. Wolters Kluwer, 2019.

[Ver Texto](#)

(58) Nuevamente en sentido contrario cabe citar el Auto n.º 604/2003 de 23 octubre, de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª).

Ver Texto

(59) Por el contrario, nada exorbitante sino muy respetuoso con la *auctoritas* propia del Laudo arbitral fue el Auto n.º 254/2020 de 9 diciembre dictado por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que para la ponderación del *fumus* sí se consideró decisivamente la preexistencia de un Laudo (por más que se hallaba pendiente acción de anulación frente al mismo). Más allá del detalle del caso, que es sumamente complejo, esa metodología sí es correcta: «Ahora bien, como hemos recogido en el segundo fundamento, a la fecha de la compra de las acciones por Globalvia a Sacyr y Sacyr Concesiones (y otros) de las acciones de Itínere Infraestructuras, se encontraba pendiente la demanda de laudo arbitral de fecha 5 de febrero de 2018, dictándose laudo de 2 de agosto de 2019, aclarado el 6 de enero de 2020, y el precitado laudo acuerda: «(a) Declara válida y efectiva la denuncia ad nutum del contrato que las Demandadas formularon por medio de su Demanda y declara resuelto el Contrato desde el 5 de febrero de 2018».

En consecuencia, el laudo, en principio y a los efectos de las presentes medidas (juicio provisional e indiciario), afecta al derecho ejercitado por Gateway a favor de Itínere Investco (10 de septiembre de 2018), al ser posterior a la declaración de resolución del contrato de accionistas con efectos de 5 de febrero de 2018. Aunque el laudo (parágrafo 432, folio 99) no se pronuncie, de manera expresa, sobre la invalidez del ejercicio de Primera Oferta (adquisición preferente) de Gateway (...)

Estas cuestiones, que deberán de resolverse en sentencia, no pueden desvirtuar el que apreciamos, en principio (como juicio provisional e indiciario), que el laudo sí le otorga a Globalvia un principio de buen derecho para ejercitar acciones en cuanto a la procedencia o no del ejercicio de Primera Oferta o de adquisición preferente, con base a un contrato de accionistas que se ha declarado resuelto con anterioridad a la fecha de la venta. Frente a los efectos del laudo, en el recurso que resolvemos, se alega que el principio de buen de derecho que éste pudiera otorgar a Globalvia, queda desvirtuado por lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid, en el procedimiento ordinario n.º 998/2018, mediante sentencia de fecha 8 de enero de 2020, por la que se desestima la demanda interpuesta por Globalvia Inversiones SAU, contra Sacyr S.A., y Sacyr Concesiones S.L., con la intervención de Gateway Infrastructure Investments L.P., e Itínere Investco (...), y que tenía por objeto, entre otros pronunciamientos : «a) Declare que Sacyr S.A., y Sacyr Concesiones S.L., incumplieron el contrato de compraventa de acciones y cesión de derechos de crédito celebrado el 27 de julio de 2018, al no transmitir sus acciones y obligaciones convertibles, respectivamente a Globalvia Inversiones, SAU, el día 17 de octubre de 2018...» (folio 476 vuelto).

Como hemos reseñado en el fundamento segundo de la presente resolución, en el precitado procedimiento no se accedió a que se aportase el laudo arbitral como hecho nuevo y, por lo tanto, en la resolución dictada no se contiene pronunciamiento alguno respecto de la incidencia que pudiera tener el laudo. La sentencia no es firme, al haberse interpuesto recurso de apelación, en el que, como primer motivo, se alega la indebida inadmisión del hecho nuevo y el laudo.

Los efectos del laudo respecto de lo solicitado en el suplico de la demanda es lo que deberá de ser objeto de resolución en el procedimiento ordinario, por la aplicación de la cosa juzgada (art. 222 LEC), empero, en el trámite en el que nos encontramos no podemos analizarlo en su integridad y de manera pormenorizada, como se pretende en el recurso, pues excedería de los pronunciamientos a los que se

circunscriben las medidas. Sin embargo, la existencia del laudo, sí que nos lleva a apreciar la existencia de un principio de buen derecho a favor de la solicitante de las medidas, pues el laudo incide en el derecho de adquisición preferente (Primera Oferta) con relación a la compraventa de las acciones por Globalvia a Sacyr y Sacyr Concesiones S.L., al resolver el contrato de accionistas (en el que se fundamenta el precitado derecho) con anterioridad a la fecha de la compraventa».

[Ver Texto](#)

(6o)

Por el contrario, nada exorbitante sino muy respetuoso con la *auctoritas* propia del Laudo arbitral fue el Auto n.º 254/2020 de 9 diciembre dictado por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el que para la ponderación del *fumus* sí se consideró decisivamente la preexistencia de un Laudo (por más que se hallaba pendiente acción de anulación frente al mismo). Más allá del detalle del caso, que es sumamente complejo, esa metodología sí es correcta: «Ahora bien, como hemos recogido en el segundo fundamento, a la fecha de la compra de las acciones por Globalvia a Sacyr y Sacyr Concesiones (y otros) de las acciones de Itínere Infraestructuras, se encontraba pendiente la demanda de laudo arbitral de fecha 5 de febrero de 2018, dictándose laudo de 2 de agosto de 2019, aclarado el 6 de enero de 2020, y el precitado laudo acuerda: «(a) Declara válida y efectiva la denuncia ad nutum del contrato que las Demandadas formularon por medio de su Demanda y declara resuelto el Contrato desde el 5 de febrero de 2018».

En consecuencia, el laudo, en principio y a los efectos de las presentes medidas (juicio provisional e indiciario), afecta al derecho ejercitado por Gateway a favor de Itínere Investco (10 de septiembre de 2018), al ser posterior a la declaración de resolución del contrato de accionistas con efectos de 5 de febrero de 2018. Aunque el laudo (parágrafo 432, folio 99) no se pronuncie, de manera expresa, sobre la invalidez del ejercicio de Primera Oferta (adquisición preferente) de Gateway (...).

Estas cuestiones, que deberán de resolverse en sentencia, no pueden desvirtuar el que apreciamos, en principio (como juicio provisional e indiciario), que el laudo sí le otorga a Globalvia un principio de buen derecho para ejercitar acciones en cuanto a la procedencia o no del ejercicio de Primera Oferta o de adquisición preferente, con base a un contrato de accionistas que se ha declarado resuelto con anterioridad a la fecha de la venta. Frente a los efectos del laudo, en el recurso que resolvemos, se alega que el principio de buen de derecho que éste pudiera otorgar a Globalvia, queda desvirtuado por lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid, en el procedimiento ordinario n.º 998/2018, mediante sentencia de fecha 8 de enero de 2020, por la que se desestima la demanda interpuesta por Globalvia Inversiones SAU, contra Sacyr S.A., y Sacyr Concesiones S.L., con la intervención de Gateway Infrastructure Investments L.P., e Itínere Investco (...), y que tenía por objeto, entre otros pronunciamientos : «a) Declare que Sacyr S.A., y Sacyr Concesiones S.L., incumplieron el contrato de compraventa de acciones y cesión de derechos de crédito celebrado el 27 de julio de 2018, al no transmitir sus acciones y obligaciones convertibles, respectivamente a Globalvia Inversiones, SAU, el día 17 de octubre de 2018...» (folio 476 vuelto).

Como hemos reseñado en el fundamento segundo de la presente resolución, en el precitado procedimiento no se accedió a que se aportase el laudo arbitral como hecho nuevo y, por lo tanto, en la resolución dictada no se contiene pronunciamiento alguno respecto de la incidencia que pudiera tener el laudo. La sentencia no es firme, al haberse interpuesto recurso de apelación, en el que, como primer motivo, se alega la indebida inadmisión del hecho nuevo y el laudo.

Los efectos del laudo respecto de lo solicitado en el suplico de la demanda es lo que deberá de ser objeto de resolución en el procedimiento ordinario, por la aplicación de la cosa juzgada (art. 222 LEC), empero, en el trámite en el que nos encontramos no podemos analizarlo en su integridad y de manera pormenorizada, como se pretende en el recurso, pues excedería de los pronunciamientos a los que se circunscriben las medidas. Sin embargo, la existencia del laudo, sí que nos lleva a apreciar la existencia de un principio de buen derecho a favor de la solicitante de las medidas, pues el laudo incide en el derecho de adquisición preferente (Primera Oferta) con relación a la compraventa de las acciones por Globalvia a Sacyr y Sacyr Concesiones S.L., al resolver el contrato de accionistas (en el que se fundamenta el precitado derecho) con anterioridad a la fecha de la compraventa».

[Ver Texto](#)

La impugnación de acuerdos sociales a través del arbitraje: aspectos procesales

Challenging Corporate Agreements through Arbitration: Procedural Aspects

El art. 11 *bis* de la Ley de arbitraje, incorporado a esta última de la mano de la Ley 11/2011, de 20 de mayo (1), es claro al admitir que el arbitraje puede ser un cauce apto para resolver la impugnación de acuerdos sociales. Con él se despejan las dudas que sobre este particular se habían planteado en el pasado, pero persisten otras, como las derivadas de la falta de vinculación de los terceros legitimados para impugnar los acuerdos sociales, a la cláusula arbitral. La posible sucesión de procesos judiciales y procedimientos arbitrales con el mismo objeto o, incluso, su convivencia simultánea, lleva aparejado el riesgo de obtener decisiones contradictorias. Ello no obstante, sigue siendo controvertida la delimitación del alcance subjetivo de los efectos de cosa juzgada de la sentencia o del laudo que resuelve la impugnación del acuerdo social. Tampoco es pacífico que la excepción de litispendencia o la de prejudicialidad puedan prosperar en el proceso judicial incoado tras la iniciación de un procedimiento arbitral en el que se pretende la impugnación del mismo acuerdo social; suscitándose mayores dudas cuando el procedimiento que se inicia en primer término es el judicial, pues no goza de consenso que, en defecto de regulación de estos institutos en la Ley de arbitraje, pueda acordarse en esta sede una solución análoga a la ofrecida en la Ley procesal civil. A estas cuestiones procesales que siguen siendo controvertidas, dedicaremos las líneas que siguen.

Impugnación de acuerdos sociales, arbitraje, proceso judicial, vinculación del convenio arbitral, resoluciones contradictorias, cosa juzgada, litispendencia y prejudicialidad.

Article 11 bis of the Arbitration Act is clear in admitting that arbitration is valid for resolving challenges to corporate agreements. It clears up the doubts that had arisen in the past in this regard, but others persist, such as those derived from the lack of binding the arbitration clause on third parties legitimised to challenge corporate agreements. The possible succession of court and arbitration proceedings with the same object, or even their simultaneous coexistence, entails the risk of obtaining contradictory decisions. However, the delimitation of the subjective scope of the *res judicata* effects of the judgement or award that resolves the challenge to the corporate resolution remains controversial. It is also not agreed that the exception of *lis pendens* or that of prejudiciality can prosper in judicial proceedings initiated after the initiation of arbitration proceedings in which the challenge to the same corporate agreement is sought; greater doubts arise when the proceedings that are initiated in the first instance are judicial, as there is no consensus that, in the absence of regulation of these institutes in the Arbitration Act, a solution analogous to that offered in the Civil Procedural Act can be agreed in this venue. The following lines will be devoted to these procedural questions, which are still controversial.

Challenging corporate agreements, arbitration, judicial proceedings, binding of the arbitration agreement, contradictory resolutions, *res judicata*, *lis pendens* and prejudiciality.



María Jesús Sande Mayo

Profesora Doctora de Derecho Procesal

Centro de Estudios Garrigues

I. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES A TRAVÉS DEL ARBITRAJE

La sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales, que en su día planteaba dudas, es pacífica tras la reforma operada en la Ley de Arbitraje (2) por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Desde entonces, el art. 11 *bis* LA reconoce expresamente la validez del cauce arbitral a los efectos anteriores, contemplando una serie de presupuestos a los que condiciona la validez del convenio arbitral. Igualmente, reserva para la impugnación de acuerdos sociales un único tipo de arbitraje, cual es el institucional (3).

1. Acuerdos impugnables, legitimación y plazo para el ejercicio de la acción

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital, para la mejora del gobierno corporativo, incorpora importantes cambios en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales. La nueva redacción dada a los arts. 204 ss de la LSC suprime la clásica diferenciación entre acuerdos nulos y anulables. También modifica el elenco de sujetos legitimados para la impugnación de acuerdos sociales (que en la regulación anterior se hacía depender del tipo de acción —de nulidad (4) o de anulabilidad (5) — que pretendiese ser ejercitada), así como los plazos de prescripción que anudaba a estas dos acciones, de un año para la de nulidad y de 40 días para la de anulabilidad. Aspectos todos ellos con notables repercusiones a la hora de valorar la extensión de los efectos de cosa juzgada, la litispendencia o la prejudicialidad entre los procesos incoados con la intención de impugnar un mismo acuerdo social.

Tras la reforma, se consideran acuerdos «impugnables» los contrarios a la Ley, a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad, así como los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1º LSC) (6); y nulos de pleno derecho los contrarios al orden público (7). Se supera así la incorrecta traslación de la doctrina de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos, al ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, que generaba innumerables dificultades en su aplicación práctica (8).

Por su parte, el art. 204.2º LSC precisa, por un lado, que no podrán ser impugnados los acuerdos que hayan sido sustituidos por otros válidos o que hayan sido dejados sin efectos antes de la interposición de la demanda y, por otro que, si esa sustitución o revocación se produce durante la pendencia del proceso en el que se hubiera pretendido la impugnación de ese acuerdo, el juzgador procederá al archivo de las actuaciones al producirse la pérdida sobrevenida del objeto del proceso (art. 22 LEC). Ahora bien, lo anterior no impedirá que se promuevan procesos judiciales o procedimientos arbitrales para hacer valer el derecho a la reparación económica que, en su caso, corresponda al afectado por el acuerdo sustituido o dejado sin efectos.

Además, el art. 204.3º LSC enumera un elenco de supuestos en los que el defecto del acuerdo no

puede provocar su ineficacia al carecer de relevancia suficiente y, a la postre, fundamentar la impugnación. Se refiere, en particular, a los defectos procedimentales en la adopción del acuerdo de carácter no relevante, a la privación de información que no es esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto, la participación en la reunión del órgano de personas no legitimadas —salvo que sea relevante para la constitución regular del órgano—; así como al cómputo erróneo o invalidez de los votos emitidos —salvo que hubieran sido determinantes para alcanzar la mayoría requerida— (9)

La valoración del carácter relevante o esencial del motivo invocado corresponderá al juez a través de un incidente de previo pronunciamiento (art. 391.1º LEC). A través de esta previsión, el legislador pretende evitar la tramitación de procesos innecesarios o abocados al fracaso, por lo que este trámite únicamente ha de sustanciarse cuando la impugnación del acuerdo social se funde en exclusiva en uno de estos defectos cuya relevancia o entidad suficiente resulten dudosos. Si los motivos alegados son varios y alguno de ellos tiene sustantividad por sí solo carecerá de sentido hacer uso de este trámite previo, pues recurrir al mismo sería contrario a la economía procesal (10).

En lo que respecta a los plazos para el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social, la LSC prevé ahora un plazo común de caducidad —en lugar de prescripción (11)— de un año para la impugnación de todos los acuerdos sociales (12); con la excepción de la acción de impugnación de los acuerdos que «*por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público*», ya que esta última no caducará ni prescribirá (13) (art. 205.1º LSC).

En cuanto a la legitimación para promover la impugnación de acuerdos sociales, el art. 206 LSC la reconoce ahora a favor de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo (14) y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social (aunque este porcentaje podría reducirse vía estatutos). Por su parte, para interesar la nulidad de los acuerdos que sean contrarios al orden público, reconoce legitimación a cualquier socio (aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo, y con independencia de la cuota de capital social que represente), a los administradores y a los terceros (15).

El régimen de impugnación de acuerdos sociales, tal y como ha sido explicado previamente, ha sido diseñado para la impugnación judicial de los acuerdos sociales, sin embargo, puede trasladarse, con alguna que otra particularidad, al arbitraje. Así, cabría afirmar que en sede arbitral aplicaría el mismo elenco de sujetos legitimados para la impugnación de acuerdos sociales (16), idénticos plazos para el ejercicio de la acción, así como la posibilidad de alegar los mismos motivos de impugnación, salvo la contravención del orden público, que excluiría —aunque no es una cuestión pacífica— la arbitrabilidad de la impugnación (17).

Otra de las salvedades vendría de la mano del incidente de previo pronunciamiento al que se refiere la LSC a fin de que el juzgador pueda valorar preliminarmente la entidad suficiente del motivo sobre el que se sustente la impugnación, y es que la LA no contempla un trámite equivalente a fin de que el árbitro pueda realizar análoga valoración. Por lo anterior, cabría preguntarse si esta cuestión tendría que ser diferida al juez, o por el contrario debiera ser asumida por el propio árbitro. En nuestra

opinión, la solución debe ser la segunda de las apuntadas, ya que la ley tampoco exige la primera solución y, en defecto de previsión legal, entendemos que la competencia que se atribuye al árbitro para la impugnación del acuerdo abarca necesariamente la valoración de la entidad de la causa invocada. En este sentido, entendemos que es posible que las partes pacten la introducción de un trámite equivalente al incidente de previo pronunciamiento que contempla la Ley procesal civil, para que el árbitro pueda valorar *a limine* la entidad del motivo impugnado y, en su caso, acordar la terminación anticipada del arbitraje (18).

2. La cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje

El art. 11.3º *bis* dispone que «Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

Al contener este «pacto» una norma de funcionamiento de la sociedad, obliga a las partes en el contrato fundacional, a la sociedad y también a sus órganos (19). Es una característica inherente al arbitraje estatutario, como también lo es que no solo obliga a todos los socios actuales —incluyendo a los ausentes y disidentes— y sus herederos, sino también a quienes adquieran derivativamente esta condición, ya sea por actos *inter vivos*, *mortis causa*, o de forma originaria; así como a los titulares del derecho de usufructo o prenda sobre acciones o participaciones cuando los estatutos les atribuyan el derecho a impugnar.

La cláusula de sumisión a arbitraje puede ser incorporada a los estatutos sociales en el momento fundacional, en cuyo caso su inclusión requerirá el acuerdo de todos los socios fundadores; o bien a través de una modificación de los estatutos de la sociedad en un momento posterior. En este segundo supuesto, el acuerdo de modificación estatutaria por el que se decida someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos societarios requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social (art. 11 *bis* LA) (20).

3. La sumisión a arbitraje a través del pacto parasocial

El art. 11 *bis* LA lleva por rúbrica «Arbitraje estatutario», de lo que cabría deducir que la Ley de Arbitraje exige que la cláusula compromisoria se incorpore, necesariamente, a los estatutos de la sociedad. Si la voluntad del legislador fuera la anterior, no se daría por válida la cláusula arbitral contenida en un pacto de socios, aunque la respuesta a esta afirmación, ya se avanza, no tiene una respuesta unánime. Ni la doctrina ni tampoco la jurisprudencia han alcanzado un consenso a este respecto, y aunque exceda del cometido de este trabajo el ahondar en el detalle de las posiciones mantenidas por unos y otros, sí trataremos de exponer a grandes rasgos cuál es el estado en el que se encuentra la controversia.

Los pactos parasociales son, en palabras del Tribunal Supremo, «[...] aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular con fuerza de vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos» (SSTS

128/2009 (21) y 138/2009 (22) , ambas de 6 de marzo y, más recientemente, la STS 103/2016, de 25 de febrero (23)).

Una de las características principales de este tipo de pactos es que, como norma general, tan solo vinculan a los socios y administradores que los suscriben, por lo que, si se decide incorporar una cláusula de sometimiento a arbitraje a través de un pacto parasocial, esta tan solo será oponible frente a quienes hubieran firmado el pacto y restringida a los supuestos expresamente contemplados en él (24) . Cuando se impugna un acuerdo social, la acción se dirige frente a la sociedad, que es la legitimada pasivamente, de modo que, si esta no suscribe el pacto, entonces no podrá hacerse valer frente a ella la cláusula compromisoria incluida en el pacto. Menos clara resulta la respuesta si el pacto parasocial ha sido suscrito por todos los socios —pacto parasocial omnilateral—, ya que en este caso, la doctrina mayoritaria entiende que el pacto también debiera ser oponible a la sociedad —o lo que es lo mismo, excluye su carácter reservado *ex art.* 29 LSC (25) —. En este sentido, el carácter omnilateral del pacto constituiría una excepción al principio de inoponibilidad de los pactos de socios frente a la sociedad.

En este último sentido también se han posicionado algunas Audiencias Provinciales, como la de Barcelona, que en su sentencia 229/2019, de 12 febrero (26) , y su precedente, la 76/2016, de 31 de marzo (27) , manteniendo el posicionamiento doctrinal mayoritario antes expuesto niega el carácter reservado de los pactos parasociales omnilaterales y a la postre la inoponibilidad de estos frente a la sociedad. Siguiendo la misma línea, el AAP de Barcelona (Sección 15ª), 4/2020, de 10 enero (28) , pronunciándose a propósito de un supuesto como el que aquí nos ocupa (pacto omnilateral por el que se acuerda el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales), sostiene que «la oponibilidad del referido pacto a la sociedad resulta incuestionable, si bien dentro del ámbito objetivo que define el propio pacto» (29) .

El convenio arbitral (estatutario o no) que vincula a la sociedad y a los socios (y también a los administradores), no lo hace a los terceros que aleguen un interés legítimo en la impugnación del mismo

Sea como fuere, y aun partiendo de la oponibilidad a la sociedad de las cláusulas arbitrales insertas en los pactos parasociales omnilaterales, a nuestro juicio su inclusión en este tipo de pactos resulta desaconsejable, ya que, entre otras cosas, no vinculan a quienes derivativamente adquieran la condición de socios, lo que favorece la multiplicación de procesos judiciales y procedimientos arbitrales sobre un mismo objeto, con el riesgo de que se dicten pronunciamientos contradictorios.

II. EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA Y DEL LAUDO EN EL MARCO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Como resulta de lo anteriormente expuesto, el convenio arbitral (estatutario o no) que vincula a la

sociedad y a los socios (y también a los administradores), no lo hace a los terceros que aleguen un interés legítimo en la impugnación del mismo. Lo anterior supone que estos últimos, aunque también puedan hacer uso de la vía arbitral, puedan decantarse por el cauce judicial. En las líneas que siguen analizaremos cómo se articula la relación entre el proceso judicial y el arbitral promovidos para la impugnación de un mismo acuerdo social, cuando estos se instan de manera sucesiva (el proceso judicial tras la conclusión del arbitraje y a la inversa). Para ello, nos detendremos en el estudio de la extensión de los efectos de cosa juzgada de la sentencia y del laudo dictados en estos particulares procedimientos. Como antesala, nos detendremos en el análisis con carácter general, del instituto de la cosa juzgada.

1. El efecto de cosa juzgada

Desde el punto de vista de la dogmática procesal, la cosa juzgada material se identifica con determinados efectos procesales que produce la resolución firme dictada sobre un concreto objeto (30). Su fundamento reside en el mantenimiento de la seguridad jurídica y la paz social (31), pues a su través se trata de evitar, por un lado, la existencia de pronunciamientos contradictorios y, por otro, que un sujeto sea juzgado dos veces por un mismo asunto (32).

Sea como fuere, la delimitación del significado y alcance de esta institución fundamental del Derecho Procesal no se ha encontrado exenta de dificultades (33), y, ello, en gran medida, por la estrecha vinculación que existe entre ésta y otras figuras afines (34). Con todo, en los últimos tiempos la claridad ha ido ganando terreno, presentando esta figura contornos más nítidos en cuanto a su contenido y alcance.

El punto de partida a la hora de explicar lo que por cosa juzgada deba entenderse es el de diferenciar las dos variantes que admite: la «*cosa juzgada formal*» y la «*cosa juzgada material*» (35). Al analizar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas en los procesos en los que se resuelve la impugnación de un acuerdo social, haremos referencia únicamente al efecto de cosa juzgada material, de ahí la necesidad de que distingamos ambos fenómenos.

A) La cosa juzgada formal

La cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, para el órgano judicial, produce lo dispuesto en cualquier resolución dentro de un proceso (36). En su virtud, a lo largo de las actuaciones que constituyen el proceso, tanto las partes como el juzgador quedarán sujetas lo decidido en las resoluciones dictadas previamente (37). Se trata de un efecto muy próximo al de firmeza (38) o inimpugnabilidad (39) de las resoluciones judiciales, lo que ha llevado a algunos autores a defender la sustitución de la fórmula «*cosa juzgada formal*» por alguna de aquellas, especialmente por la de «*firmeza*» (40).

La equiparación realizada por nuestra doctrina entre la cosa juzgada formal y la firmeza o inimpugnabilidad (41) trae su causa del modo en que la derogada LEC de 1881 se debía a la regulación de este instituto. Mientras que la expresión «*cosa juzgada*» contenida en sus arts. 161.11º, 544.2, 1479 y 1617 LEC venía claramente referida a la cosa juzgada material, la mención a la cosa juzgada en el art. 408 LEC aludía únicamente a la inimpugnabilidad de la decisión –al tiempo que los

arts. 369.5º, 840.2º y 848 LEC utilizaban la expresión «*sentencia firme*» en relación a la sentencia inimpugnable (42).

LEC 1/2000 parece incidir en la sustantividad de ambos conceptos, al establecer que la cosa juzgada formal es una cualidad que se predica de las resoluciones firmes. Así se desprende del art. 207.3º LEC cuando dispone que: «Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas».

B) El efecto de cosa juzgada material

La cosa juzgada material puede ser definida como un «efecto» que se predica de las resoluciones judiciales –generalmente las sentencias sobre el fondo– que hayan alcanzado firmeza. Este efecto, en lugar de vincular *ad intra*, como lo hacía la cosa juzgada formal, lo hace *ad extra*, vinculando a los órganos judiciales en procesos ulteriores (43). A propósito de la cosa juzgada material se diferencian dos efectos, el negativo y el positivo, en los que nos detendremos a continuación.

a) Efecto negativo de la cosa juzgada material

La función negativa o excluyente de la cosa juzgada se concreta en el aforismo latino *non bis in ídem*, que implica la imposibilidad de que un mismo objeto procesal sea juzgado dos veces (44). Su regulación se recoge en el art. 222.1º LEC, de conformidad con el cual, «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en el que aquélla se produjo» (45). Para que entre en juego este efecto, entre la pretensión ya juzgada y la deducida en el nuevo proceso han de concurrir «tres identidades»: de sujetos, de *petitum* y de *causa petendi* (46).

En cuanto a la identidad de sujetos, el art. 222.3º.I LEC proclama como regla general que la cosa juzgada tan sólo desplegará su eficacia entre quienes se hayan erigido en partes del proceso en el que se dicte sentencia firme, realidad ésta a la que alude la máxima latina «*res iudicata inter partes; res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*» (47). La exigencia de identidad subjetiva como fundamento de la vinculación de la cosa juzgada, reside en el respeto del principio de contradicción, de tal suerte que ningún sujeto que no haya tenido la oportunidad de participar del procedimiento pueda verse perjudicado por el pronunciamiento que le pone fin (48).

En ocasiones, sin embargo, como advierte el propio precepto, el efecto de cosa juzgada se extenderá a terceros, que bien se encuentren en la misma comunidad de suerte que los que ocuparon la posición de parte, bien sean los verdaderos titulares de los intereses tutelados, de modo que sin ser parte en sentido formal sí lo son en sentido material (49). En términos generales, podemos sostener que los límites subjetivos de la cosa juzgada se amplían: cuando la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada viene referida a cuestiones de estado civil y condición de las personas; cuando pone fin a los procesos iniciados en defensa de los intereses de incidencia social de los consumidores y cuando resuelve acerca de la impugnación de acuerdos sociales. En este último supuesto, que es el que a nosotros especialmente interesa, nos detendremos posteriormente.

Por lo que concierne a la identidad del *petitum* de la pretensión *iudicata* y de la pretensión *iudicanda*,

ésta es fácilmente identificable, toda vez que el art. 399 LEC, en sus apartados 1º y 5º, exige que las peticiones figuren claramente diferenciadas, separadas por párrafos en la demanda, haciéndose mención separada en la sentencia respecto de cada una de ellas (arts. 209.4º y 218.3º LEC). Sin embargo, es necesario tener presentes las dos vertientes, mediata e inmediata del *petitum*, pues los *petita* serán idénticos sólo en el caso de que ambos elementos objetivos –el mediato y el inmediato– lo sean (50).

Ahora bien, esta identidad entre las peticiones concurrirá en el caso de que la petición deducida en el segundo proceso se formule en el mismo sentido que en el primero o en sentido contrario, pues como ha manifestado De la Oliva, la cosa juzgada alcanza, no sólo a la explícita declaración contenida en la sentencia, sino también a «lo que está explícita pero necesariamente negando por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia, y lo que está implícita pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquélla pueda contener» (51). Surge así la noción de «cosa juzgada implícita» u «objeto virtual» (52), de conformidad con la cual, como sostiene Tapia Fernández, «la declaración firme de la existencia de un derecho alcanza a la posible declaración firme de su inexistencia» (53).

Por último, concurrirá la identidad entre las causas *petendi* si los hechos con significación jurídica sobre los que se asientan ambas peticiones son coincidentes. A este respecto es necesario tener presente lo dispuesto en el art. 400.2º LEC, de conformidad con el cual «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste» (54). De este modo, quedaría vinculado por el efecto de cosa juzgada no sólo la fundamentación alegada en el proceso sino también la deducible (55). De lo anterior habría que exceptuar las peticiones cuyo fundamento lo constituyan determinados hechos que no hubiesen podido conocerse en aquel momento o los mismos hubiesen sucedido con carácter posterior (hechos nuevos o de nueva noticia).

En cuanto al tratamiento procesal de la cosa juzgada material (en su función negativa), lo habitual será que la excepción de cosa juzgada sea incorporada por el demandado en el escrito de contestación (art. 405.3º LEC), ya que resulta improbable que el tribunal tenga conocimiento por sí mismo de que sobre la pretensión objeto del proceso ya ha recaído sentencia firme. Esta excepción, como las restantes, será valorada por el juzgador en el marco de la audiencia previa (art. 416.1. 2ª LEC). En el caso de que el tribunal aprecie la excepción de cosa juzgada pondrá fin a la audiencia previa y, en el plazo de los cinco días siguientes, dictará auto de sobreseimiento (art. 421.1º.I LEC). En caso contrario, si no aprecia la excepción, lo declarará así en el acto motivadamente y acordará la continuación de la audiencia para sus restantes finalidades (art. 421.2º LEC). Por último, en el caso de que la complejidad del caso no le permita al juzgador decidir en el acto de la audiencia sobre este asunto, podrá hacerlo tras la finalización de este acto, resolviéndolo en el plazo de los cinco días siguientes mediante auto (art. 421.3º LEC).

b) Efecto positivo de la cosa juzgada material

El efecto positivo de la cosa juzgada se produce cuando entre la *res iudicata* y la *res iudicanda* existe

una interdependencia o conexión de prejudicialidad, de tal suerte que lo juzgado en el primer proceso forma parte de la *causa petendi* del proceso posterior. El juez tendrá entonces que partir de lo decidido en el primer pleito para decidir el segundo, sin que pueda contradecir lo resuelto en aquel. A su regulación se dedica el art. 222.4º LEC al establecer que «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (56).

Como se desprende del precepto reproducido, los presupuestos exigibles para que pueda operar el efecto positivo de la cosa juzgada son, en esencia, dos: que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o los efectos de la sentencia se extiendan a ellos por disposición legal; y que lo resuelto en el primer pleito constituya un antecedente lógico del segundo.

A diferencia del efecto negativo, que puede ser alegado como excepción procesal en el segundo proceso, no sucede así respecto del efecto positivo, que únicamente podrá ser aducido por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones, bien por el demandante, como hecho constitutivo de su pretensión a los efectos de alcanzar la estimación de su pretensión, bien por el demandado, como defensa material que coadyuve a la obtención de una sentencia absolutoria (57). A los efectos de hacer valer el efecto positivo de la cosa juzgada, quien así lo alegue se verá compelido a aportar testimonio de la sentencia como prueba documental pública, a los efectos de que el juzgador del segundo proceso pueda ser conocedor de ella y de su contenido (58). Igualmente, en aquellos casos en los que la existencia de un pronunciamiento prejudicial sea «notorio», su existencia y su fuerza vinculante respecto del segundo proceso podrá ser apreciada de oficio por el juez.

Para que en un segundo proceso judicial o procedimiento arbitral en el que se pretende la impugnación de un acuerdo social, prospere la excepción de cosa juzgada, es preciso que concurren tres identidades

Ahora bien, a la hora de determinar si lo que vincula al juez del proceso posterior es el fallo en su conjunto o determinados elementos, los arts. 207.3º LEC y 222.4º LEC parecen disponer cosas distintas, en concreto, del primero se desprende que lo que pasa en autoridad de cosa juzgada es la resolución en su conjunto y del segundo, sin embargo, únicamente el fallo (59). A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones disponiendo que «El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria» (60).

2. El efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la impugnación de un acuerdo social

Como se extrae de la teoría general de la cosa juzgada antes expuesta, para que en un segundo proceso judicial o procedimiento arbitral en el que se pretende la impugnación de un acuerdo social,

prosperare la excepción de cosa juzgada, es preciso que concurren tres identidades, por lo que a continuación analizaremos las peculiaridades propias de aquellas en estos particulares procesos.

A) *El alcance subjetivo de la cosa juzgada*

Como tuvimos ocasión de avanzar en epígrafes anteriores, para que se aprecie la excepción de cosa juzgada, lo primero que debe concurrir es la identidad subjetiva entre los dos procedimientos, de modo que si quien incoa el segundo no fue parte del primero, en principio no habría ningún impedimento para que este último siguiese su curso con normalidad. Ahora bien, esta regla general encuentra una de sus excepciones en los procesos en los que se pretende la impugnación de acuerdos sociales, ya que la sentencia que les pone fin, tal y como indica el art. 222.3 LEC (61), no afecta solo a las partes personadas en el proceso que resuelve, sino que también lo hace a los socios que no hubieran litigado y, ello, tanto en el supuesto de que esta resolución sea estimatoria como desestimatoria (extensión *pro et contra*) (62).

Lo anterior supone que, tras alcanzar firmeza la sentencia que decide la impugnación de un acuerdo social, el socio que no se hubiera personado no podrá incoar un segundo procedimiento —judicial o arbitral—, con el propósito de impugnar el mismo acuerdo, alegando que no fue parte de aquel proceso (eficacia negativa). Tampoco podrá cuestionar la nulidad del acuerdo en un ulterior procedimiento —judicial o arbitral— en el que se litigue sobre un asunto respecto del cual, dicha nulidad se presenta como prejudicial (eficacia positiva).

Ahora bien, el art. 222.3º LEC no se refiere a los restantes legitimados para la impugnación del acuerdo *ex art.* 206 LSC (administradores y terceros que pudieran tener un interés legítimo en la impugnación del acuerdo social), de lo que cabría deducir que estos no quedan vinculados por los efectos de cosa juzgada de la sentencia, pudiendo solicitar la impugnación del mismo acuerdo en procedimientos posteriores, o cuestionándola en otros procedimientos en los que dicha nulidad opere con carácter prejudicial. La respuesta a esta cuestión no ha merecido, sin embargo, el consenso de la doctrina. Al análisis de algunas de las posturas que han gozado de mayor predicamento dedicaremos las líneas que siguen.

Una parte de los autores ha sostenido que una previsión como la contenida en el art. 222.3º LEC no es en realidad necesaria, ya que el carácter constitutivo de la sentencia que resuelve la impugnación de un acuerdo social presenta la virtualidad de extender sus efectos *erga omnes*, tanto en el caso de que sea estimatoria como desestimatoria, por lo que quedarían vinculados por esa resolución todos los sujetos que tienen reconocida legitimación para impugnar los acuerdos sociales *ex art.* 206 LSC (63). En nuestra opinión, sin embargo, debe hacerse una diferenciación de efectos en razón del sentido del fallo.

Si la sentencia estima la demanda y anula el acuerdo, la resolución afectará a todos los legitimados para la impugnación de acuerdos sociales. Entendemos que, en este caso, efectivamente, no se extienden los efectos de cosa juzgada a todos los legitimados (ya que esto solo sucede en relación a los socios no litigantes), sino que lo que opera frente a ellos —administradores y terceros— es el efecto material propio de las sentencias constitutivas, cuyo alcance se produce *erga omnes* (64). La desaparición del acuerdo lleva implícita la imposibilidad de que sea ulteriormente impugnado.

A este respecto, para evitar la incoación de procesos posteriores que pretendan impugnar el acuerdo anulado, el art. 208 LSC en sus números primero y segundo, exige la publicidad de la sentencia firme que declare nulidad del acuerdo en el Registro Mercantil. De acuerdo con el precepto de referencia, la sentencia habrá de inscribirse en dicho Registro y publicarse un extracto de ella en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Asimismo, si el acuerdo hubiera sido inscrito en el Registro, habrá de cancelarse la inscripción registral del mismo y la de sus asientos posteriores, así como la de la anotación preventiva de la demanda y la de la suspensión del acuerdo.

Por el contrario, si la pretensión impugnatoria es desestimada, el efecto material de la sentencia no provoca una modificación o extinción de la relación jurídica controvertida (65), de modo que quienes no fueron parte del primer pleito y a los que tampoco se extenderán los efectos de la sentencia *ex art.* 222.3º LEC —administradores no socios y terceros— podrán incoar un nuevo procedimiento con la finalidad de impugnar ese mismo acuerdo (66). En este último, si bien cabe la posibilidad de que la sociedad demandada aporte como precedente la resolución previa en la que se sostiene la validez del acuerdo, el juzgador o el árbitro no quedarán vinculados por esta resolución, ya que no se cumple el requisito de la identidad subjetiva entre los dos procedimientos. De este modo, podrá suceder que de la estrategia procesal seguida y de la actividad probatoria desplegada en el segundo procedimiento, pueda derivarse una resolución judicial o un laudo por los que se estime la impugnación del acuerdo.

Otro sector de la doctrina ha sostenido que, a pesar del art. 222.3º LEC, los efectos de la sentencia han de extenderse, con independencia del fallo, a todos los legitimados para la impugnación del acuerdo que hayan sido convenientemente notificados de la pendencia del proceso y, por lo tanto, hayan tenido la oportunidad de defender sus legítimos intereses en aquel (arts. 150.2º y 13 LEC) (67). En nuestra opinión, sin embargo, la comunicación contemplada en el art. 150.2º LEC, si bien favorece la intervención en el proceso de todos los socios a los que finalmente se extenderán los efectos del pleito, así como a los administradores a los que igualmente se les debería notificar la pendencia del proceso, no es suficiente, por sí sola —sin el resorte legislativo expreso que contemple la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia— para justificar que estos —los administradores a los que no se refiere el art. 222.3º LEC— deban quedar vinculados por los efectos de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso. Además, esta solución tampoco resolvería el problema, ya que ante la imposibilidad de notificar *ex art.* 150.2º LEC a los terceros que pudieran tener un interés legítimo en el resultado del pleito, el riesgo de pronunciamientos contradictorios seguiría existiendo.

Entendemos que el posicionamiento con el que nos alineamos, es el único compatible con el art. 222.3º LEC en su tenor actual, así como con el sistema de garantías o, si se prefiere, con la ausencia de estas últimas que, en su caso, permitieran realizar otra interpretación. El mantenimiento de esta tesis, sin embargo, lleva aparejadas consecuencias poco deseables, ya que la pretensión de impugnación podría ser desestimada en un primer pleito y, sin embargo, estimada en un segundo procedimiento que se sustanciase durante el plazo de un año, produciéndose de este modo resoluciones contradictorias. A nuestro entender, para evitar la existencia de fallos discrepantes sobre un mismo asunto, lo deseable sería extender los efectos de la sentencia a todos los legitimados para la impugnación de acuerdos sociales (art. 206 LSC), para lo cual habría que arbitrar

una serie de garantías adicionales basadas en la publicidad e intervención de quienes vayan a quedar vinculados por los efectos de cosa juzgada (68) .

En este sentido se podría pensar en la posibilidad de instaurar un sistema de publicidad e intervención semejante al previsto en los procesos colectivos en defensa de los intereses «difusos» de los consumidores y usuarios (art. 11.3º LEC). En estos procesos, para garantizar que quien vaya a verse vinculado por los efectos de la sentencia haya tenido la oportunidad de defender su derecho o interés particular, se arbitra un sistema de publicidad a través del cual se les da a conocer la admisión de la demanda, suspendiéndose el curso de las actuaciones por un plazo máximo de dos meses (art. 15.3º LEC). Tras el vencimiento del plazo de suspensión, el proceso se reanuda con la intervención de todos aquellos que hayan respondido al llamamiento, no admitiéndose su personación en un momento posterior, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC. Acotando temporalmente el momento de intervención se evita que el proceso sea constantemente interrumpido, de ahí que consideremos preferible este sistema al ideado en relación a los procesos en defensa de los «intereses colectivos» (art. 11.2º LEC), en los que sí se prevé la posibilidad de que el afectado pueda interesar su incorporación al proceso colectivo en cualquier momento durante su pendencia.

B) El alcance objetivo de la cosa juzgada

Por lo que concierne a la identidad del *petitum* de la pretensión *iudicata* y de la pretensión *iudicanda*, para que esta concurra será necesario que en el segundo procedimiento se solicite la impugnación del mismo acuerdo societario sobre el que ya ha recaído resolución firme. Este *petitum* será coincidente si en un proceso se solicita que se declare la validez del acuerdo y en otro que se declare la nulidad de ese mismo acuerdo, pues como indicamos anteriormente siguiendo a Tapia Fernández, la declaración de validez lleva implícita la negación de nulidad y a la inversa.

En relación a la identidad de causas de pedir, habría que tener presente lo dispuesto en el art. 400 LEC. De acuerdo con este último, si son varias las causas en las que se podría fundar la impugnación del acuerdo social controvertido —por ejemplo, la falta de *quorum* para constituir la junta, el abuso de mayoría y la vulneración del interés social—, pero el socio promotor del proceso sobre el que ya ha recaído sentencia firme invoca solo una de ellas, no existe la posibilidad de que posteriormente reabra un segundo proceso para hacer valer las omitidas en el primero (69) . En esos casos, si se pretendiese incoar un nuevo proceso en el que se alegasen nuevos motivos de impugnación, entonces la contraparte podría invocar la excepción de cosa juzgada apoyándose en el art. 400 LEC y, de cumplirse las restantes identidades exigidas, esta prosperaría, debiendo sobreseerse el segundo pleito o arbitraje incoado. Como explicamos anteriormente, la LEC entiende que, en estos supuestos, la causa de pedir alegada en el segundo proceso, aunque no se haya deducido en el primero, se halla implícitamente comprendida en la invocada en aquel (70) .

Esto no sucede, sin embargo, cuando las pretensiones deducidas en ambos procesos son distintas, de modo que si en un pleito se pretende la impugnación de un acuerdo societario basada en la contravención de los estatutos sociales (pretensión constitutiva), y en segundo pleito, un tercero pretende que se declare la nulidad del acuerdo por ser contrario al orden público (pretensión

meramente declarativa), no cabría invocar el art. 400 LEC. En este caso no habría identidad de objetos porque las pretensiones que se deducen son distintas (constitutiva y meramente declarativa). De la misma manera, aun tratándose de idéntica pretensión constitutiva o meramente declarativa, la alegación del 400 LEC únicamente prosperaría en el caso de que los argumentos aducidos por el demandante en el segundo procedimiento, pudieran haber sido invocados en el primero. Quedarían exceptuados los casos en los que en el segundo procedimiento se alegan hechos nuevos o de nueva noticia.

3. El efecto de cosa juzgada del laudo que resuelve la impugnación de un acuerdo social

De acuerdo con el art. 43 LA «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». La resolución que dicta el árbitro sobre el fondo del asunto es, por lo tanto, una decisión irrevocable, definitiva, productora de los efectos de cosa juzgada en sentido análogo a lo ya analizado respecto al proceso judicial. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en su STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 410/2010, Rec 2952/2002 de 23 de junio de 2010 (71), al establecer que el laudo arbitral produce idéntica eficacia de cosa juzgada que las sentencias judiciales firmes (72). Por lo anterior, para apreciar el efecto de cosa juzgada del laudo en procedimientos arbitrales o judiciales posteriores, habría que comprobar la existencia de las tres identidades que condicionan su operatividad: de sujetos, de *petitum* y de *causa petendi*.

En relación a la identidad de sujetos, los efectos de cosa juzgada del laudo, al igual que los de la sentencia, se extenderán a todos los socios, aunque no se hubieran personado en el procedimiento arbitral finalizado, por lo que, si cualquiera de ellos iniciase un proceso judicial o un procedimiento arbitral posteriores pretendiendo impugnar el mismo acuerdo, en estos últimos cabría alegar la excepción de cosa juzgada. Como sostiene Ariza Colmenarejo, sería contradictorio el hecho de que, si se escoge la vía arbitral, la declaración de nulidad del acuerdo societario afecte únicamente a los socios efectivamente personados y si se escoge el proceso judicial los efectos se extiendan a todos los socios (73).

La identidad subjetiva no sería apreciada, sin embargo, en el caso de que el promotor del segundo proceso fuese cualquiera de los administradores no socios, o un tercero con interés legítimo en la impugnación de ese mismo acuerdo social. Como tuvimos ocasión de analizar anteriormente, el art. 222.3º LEC no les extiende a ellos los efectos de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la impugnación del acuerdo social, por lo que debemos entender que tampoco en esta sede quedan vinculados por tales efectos. Ahora bien, lo anterior no implica que la resolución arbitral les resulte indiferente. A este respecto habrá que analizar cómo les afecta el laudo que estima la impugnación del acuerdo y cómo lo hace el que la desestima.

Al igual que acontecía con la sentencia, si el laudo estima la impugnación, los efectos materiales de la resolución se extenderán a todos los legitimados *ex art.* 206 LSC, incluidos por lo tanto los administradores no socios y terceros con un interés legítimo en la impugnación. La erradicación del tráfico jurídico del acuerdo social controvertido trae consigo la imposibilidad de que este sea

ulteriormente impugnado, aunque los afectados por el acuerdo sí podrán instar nuevos procedimientos con el fin de obtener la reparación económica que, en su caso, les corresponda por los perjuicios sufridos a consecuencia de aquel.

Dado que en estos casos el laudo estimatorio tiene un efecto *erga omnes*, a fin de evitar la incoación de procedimientos posteriores con la finalidad de impugnar el acuerdo anulado, el art. 11 ter LA, en su apartado primero, señala que «El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto» y, en su apartado segundo que «En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella».

Por el contrario, si el laudo desestima la impugnación, los administradores no socios podrían impugnar nuevamente el acuerdo en sede arbitral (ya que, si existiese una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje, quedarían sujetos a ella); y los terceros con un interés legítimo en la impugnación podrían hacerlo tanto en sede arbitral como judicial. Como tuvimos ocasión de avanzar anteriormente, en estos casos no cabría invocar la excepción de cosa juzgada del laudo por ausencia de identidad subjetiva y, al tiempo, el efecto material de la sentencia tampoco extinguiría la relación jurídica controvertida, por lo que no habría ningún obstáculo que impidiese que el acuerdo fuese impugnado en el marco de un procedimiento posterior. En este supuesto, el laudo únicamente podría ser llevado al procedimiento ulterior como precedente, pero en ningún caso vincularía al juez o árbitro que conociesen de aquel.

Por otro lado, a la hora de valorar la identidad de *petitum*, habría que comprobar si el acuerdo impugnado en el segundo procedimiento, arbitral o judicial, es el «mismo acuerdo societario» sobre el que se ha pronunciado el laudo. Si fuera un acuerdo distinto, aun adoptado en la misma junta, no concurriría esta segunda identidad, necesaria al fin de apreciar el efecto de cosa juzgada.

En lo relativo a la valoración de la identidad de causa de pedir, existen ciertas dudas acerca de si la cosa juzgada del laudo abarca todos los motivos de impugnación que pudieron haberse hecho valer en la fase de alegaciones o si, por el contrario, se limita a los concretamente invocados, ya que no existe en la Ley arbitral una previsión equivalente al art. 400 LEC (74). Por nuestra parte, nos unimos nuevamente al parecer de Ariza Colmenarejo cuando señala que al igual que en el proceso judicial, también interesa que en el procedimiento arbitral se debatan y resuelvan todos los argumentos, motivos y causas de nulidad que tengan relación con un acuerdo social (75). En el caso contrario, la elección de uno u otro cauce de impugnación supondría una ampliación o un recorte en las posibilidades de impugnación de los socios, lo que a nuestro parecer resulta altamente desaconsejable (76).

Los problemas que quizás tengan una solución menos pacífica en la práctica son los derivados de la simultaneidad de procesos judiciales y arbitrajes en los que se estén valorando la validez de un mismo

Por lo demás, el tratamiento procesal de la cosa juzgada del laudo arbitral, tampoco presenta particularidades. Puede ser apreciada de oficio, como a instancia de parte, siendo esto último lo más habitual. Una vez apreciada esta excepción, al considerar que esa misma cuestión ha sido ya decidida mediante resolución arbitral, se llevará a cabo o bien el sobreseimiento del juicio o la terminación anticipada del procedimiento arbitral (efecto negativo de la cosa juzgada). Por otro lado, si el laudo se ha pronunciado sobre una cuestión que constituye presupuesto o antecedente de lo pretendido en el segundo proceso judicial o arbitraje, entonces no se producirá la terminación anticipada de las actuaciones, sino que, puesto de manifiesto el antecedente vinculante por las partes en sus escritos de alegaciones, la sentencia o el laudo que decida el segundo procedimiento, deberá partir de aquella resolución sin poder contradecirla (efecto positivo de la cosa juzgada).

Como resulta de lo expuesto, la parca regulación de la Ley de Arbitraje plantea lagunas que deben resolverse casuísticamente. Los problemas que se suscitan en relación a la extensión de los efectos del laudo son numerosos y de calado, pero los que quizás tengan una solución menos pacífica en la práctica son los derivados de la simultaneidad de procesos judiciales y arbitrajes en los que se estén valorando la validez de un mismo acuerdo social, por lo que, a continuación, centraremos nuestra atención en el análisis de la problemática que se suscita a este respecto.

III. LA LITISPENDENCIA EN EL MARCO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Como tuvimos ocasión de explicar en epígrafes anteriores, tanto la sentencia como el laudo que resuelven la impugnación de un acuerdo social, producen efectos de cosa juzgada en los procedimientos posteriores iniciados con el mismo objeto, o en los que lo resuelto en aquellos constituya antecedente lógico. En estos últimos podría hacerse valer la eficacia de la cosa juzgada — positiva o negativa— del laudo o de la sentencia firme que hubieran resuelto en primer término la impugnación del acuerdo social.

Lo que corresponde analizar ahora es si sucede lo mismo en relación a las instituciones preventivas de la cosa juzgada, es decir, si la pendencia de un procedimiento arbitral o judicial puede fundar la litispendencia o la prejudicialidad civil en un procedimiento judicial o arbitral ya planteado. En las líneas que siguen trataremos de explicar cuándo procedería apreciar cada una de estas excepciones, diferenciando el supuesto de que estas se aleguen en el proceso judicial o en el procedimiento arbitral. Como antesala, nos detendremos en el análisis con carácter general, de las instituciones jurídicas de la litispendencia y la prejudicialidad.

1. La litispendencia

A) *Noción*

La litispendencia es uno de los efectos de la admisión de la demanda (77) que se traduce en la prohibición de que en torno a la pretensión sobre la que versa un proceso en curso pueda iniciarse un proceso ulterior (78), de tal suerte que si se pretende dar inicio a una nueva causa con idéntico

objeto, frente a ella puede oponerse la excepción de litispendencia. A este respecto, tal y como señala el art. 421.1º LEC «Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento». Y es que como indica Serra Domínguez, el segundo proceso ha «nacido muerto» y, por tanto, una vez comprobada la litispendencia, no tiene ningún sentido que continúe sustanciándose (79).

La litispendencia así entendida intenta preservar los efectos de cosa juzgada material en su sentido negativo, imposibilitando que puedan pronunciarse dos sentencias sobre un mismo objeto, de modo que esta puede ser concebida como el precedente o anticipo de este efecto del pronunciamiento judicial (art. 222.2º y 3º LEC) (80). A este respecto dispone la STS 142/2012, de 13 de marzo, que la excepción de litispendencia coincide, en sus razones y fines, con la de cosa juzgada ya que su objetivo es «impedir la simultánea tramitación de dos procesos» para evitar que puedan llegar a existir dos resoluciones judiciales contradictorias (81).

En cuanto al juicio verbal, la redacción dada al art. 437 LEC por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, establece que «El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de preclusión de alegaciones y litispendencia», por lo que podemos dar por reproducido lo dispuesto para el juicio ordinario en esta sede.

B) Presupuestos y tratamiento procesal

El primer requisito que ha de concurrir para que se considere que existe litispendencia es el de la identidad de las partes entre el procedimiento anterior que origina la litispendencia y el procedimiento en el que surte sus efectos (82). Se entenderá que existe identidad de sujetos también en el caso de que el segundo proceso se inicie no por quien figura como parte procesal en el proceso precedente, si no por uno de los sujetos a los que se extienden sus efectos *ex art.* 222.3 LEC. Y es que si éstos quedan vinculados por los efectos de cosa juzgada, como mecanismo para preservar este efecto ha de operar igualmente la excepción de litispendencia (83).

El segundo de los presupuestos es la identidad del objeto de ambos procesos o identidad objetiva, que concurriría también en los casos en los que la coincidencia de los objetos de los dos procesos sea tan sólo parcial. En estos casos, la aplicación del efecto excluyente de la litispendencia en el segundo proceso se apreciará si su objeto queda comprendido en el objeto más amplio del primer proceso (84).

El tercero de los condicionantes es la pendencia de auténticos procesos (85), por lo que se requiere que se hayan interpuesto demandas que resulten admitidas, de acuerdo con el art. 410 LEC y que el primer procedimiento deba acabar con una sentencia que produzca los efectos de cosa juzgada (86).

La litispendencia ostenta la consideración de auténtico presupuesto procesal (87), de ahí que sea vigilable, no sólo a instancia de parte sino también de oficio a lo largo de todo el procedimiento (88). A este último respecto dispone el art. 421.1º LEC que el sobreseimiento del proceso por causa de

litispendencia se hace depender de que «*el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio [...] sobre objeto idéntico*», sin condicionar tal apreciación a que la litispendencia haya sido alegada por el demandado en la contestación a la demanda (89).

Una vez apreciada la litispendencia, el proceso debe concluir sin que el juzgador pueda entrar a valorar el fondo del asunto (90). En el juicio ordinario, la posible existencia de litispendencia es examinada en la audiencia previa al juicio (art. 421 LEC) y, en el caso de ser apreciada, el proceso ha de finalizar con un auto de sobreseimiento, lo que permite evitar la celebración del juicio. En el juicio verbal, que concentra prácticamente todas sus actuaciones en la vista, el examen de la litispendencia corresponderá antes de los turnos de alegaciones para la fijación de los hechos controvertidos, lo que permite evitar, en caso de que su concurrencia sea estimada, tanto ese turno de alegaciones como la proposición y práctica de la prueba (art. 443.2º LEC) (91).

2. La excepción de litispendencia en el proceso judicial promovido para la impugnación de un acuerdo societario

La litispendencia es una institución jurídica que, de ser apreciada en el ámbito que nos ocupa, serviría para evitar la existencia de dos resoluciones sobre la impugnación de un mismo acuerdo social. Su peculiaridad reside en que el procedimiento —judicial o arbitral— que genera la litispendencia (el incoado en primer término para la impugnación del acuerdo social) y el proceso en el que la litispendencia produce sus efectos (el segundo proceso iniciado para la impugnación del mismo acuerdo), se encuentran pendientes. Esto es lo que la diferencia de la cosa juzgada (de la que se erige en anticipo), que parte de la existencia de un laudo o sentencia firme que se hayan pronunciado sobre la impugnación. Por lo demás, los presupuestos a los que se condiciona su estimación son los mismos en ambos casos.

En el proceso judicial en el que se pretende la impugnación de un acuerdo social, esta excepción podrá ser alegada con base en la pendencia de otro proceso judicial o procedimiento arbitral en los que se esté valorando la impugnación del mismo acuerdo social. Ello se debe a la pluralidad de legitimados para impugnar y a la circunstancia de que el tercero con interés legítimo en la impugnación —en el caso de que exista una cláusula arbitral— puede optar, a la hora de impugnar, por el cauce arbitral o por el judicial. Empezaremos analizando en primer lugar la litispendencia judicial, para detenernos posteriormente en la arbitral.

Para que prospere la excepción de litispendencia judicial en un proceso en el que se pretende la impugnación de un acuerdo social, es necesario que los dos procesos judiciales pendientes sean verdaderamente «idénticos» (92). La identidad subjetiva se cumpliría no solo en el caso de que el promotor del segundo proceso sea el mismo que el del primero, sino también cuando el promotor del segundo pleito sea uno de los socios (y es que estos, aunque no sean parte procesal del procedimiento que origina la litispendencia, sí son parte material de aquel). La identidad objetiva concurriría cuando el propósito de los dos procesos en curso sea el de anular el mismo acuerdo social (aunque los fundamentos invocados como motivo de impugnación sean distintos, art. 400 LEC), y es que si en uno de los dos procesos se pretende la anulación del acuerdo y en otro su nulidad, el objeto de ambos procesos ya diferiría (93). Una vez apreciados las identidades anteriores, el juzgador dará

por finalizada la audiencia previa y, en el plazo de cinco días, dictará auto de sobreseimiento (94) .

Comoquiera que los socios quedarán vinculados por los efectos de la sentencia que ponga fin al proceso judicial en el que se ha planteado la impugnación del acuerdo social en primer lugar, para salvaguardar su derecho de defensa, tendría que admitirse la posibilidad de que puedan solicitar su intervención en él. En este caso, al ser el procedimiento pendiente un proceso judicial, podrán hacerlo al amparo del art. 13 LEC, que regula la intervención voluntaria de terceros. La intervención en este caso será litisconsorcial, ya que el socio es cotitular de la relación jurídica deducida en juicio, quedando vinculado por los efectos directos y no reflejos de la resolución que le ponga fin (95) . Se trata de un sujeto que podría haber formado parte del proceso desde su inicio en calidad de litisconsorte voluntario (96) .

Una vez analizada la litispendencia entre los dos procesos judiciales en el contexto de la impugnación de acuerdos sociales, corresponde que nos preguntemos si en el proceso judicial en el que se pretende la impugnación de un acuerdo social, puede ser apreciada la excepción de litispendencia al haber sido incoado con carácter previo un procedimiento arbitral con el mismo objeto.

Cuando existe una cláusula estatutaria por la que se somete a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales, la existencia misma de esta cláusula excluye la jurisdicción de los tribunales civiles, de modo que si cualquiera de los vinculados por la cláusula arbitral —administradores o socios— intentasen promover un proceso judicial con el propósito de impugnar un acuerdo social, en este último cabría ejercitar en tiempo y forma, la declinatoria (97) . A ello se refiere el art. 11.1º LA cuando señala que «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria» (98) .

Lo anterior ha llevado a una parte de la doctrina a excluir la excepción de litispendencia en el proceso judicial, basada en la existencia de un procedimiento arbitral idéntico que estuviera pendiente (99) . En nuestra opinión, sin embargo, el hecho de que exista una cláusula de sometimiento a arbitraje no excluye automáticamente la posibilidad de apreciar la litispendencia arbitral. Al contrario, entendemos que en estos casos existen dos mecanismos, cuyo fundamento y operativa son distintos, pero que sirven a un mismo propósito, tratar de evitar que se produzcan pronunciamientos discrepantes sobre un mismo objeto, en el supuesto que nos ocupa, acerca de la valoración de un mismo acuerdo societario. De este modo, entendemos que el instrumento que ha de desplegarse en primer término y con carácter preferente es la declinatoria, pero si el demandado no la interpone en los 10 primeros días dentro del plazo para contestar a la demanda o, interponiéndola, esta es desestimada, consideramos que tendría la posibilidad de alegar en su escrito de contestación a la demanda la excepción de litispendencia. Su viabilidad estaría condicionada, eso sí, a la concurrencia de las tres identidades —sujetos, objeto y casusa—, por lo que solo sería estimada ante la concurrencia de aquellas. En este último caso, al apreciar la excepción de litispendencia, el juzgador tendría que poner fin anticipadamente al proceso judicial, dictando auto de sobreseimiento, tal y como explicamos anteriormente.

El hecho de negar a quienes se verán vinculados por los efectos de cosa juzgada del laudo, la posibilidad de iniciar un nuevo proceso con la intención de impugnar el acuerdo social controvertido, tiene que ser compensada con la posibilidad de que estos puedan intervenir en el procedimiento arbitral pendiente, pues en otro caso no se preservaría su derecho de defensa. Sin embargo, al no estar regulada la intervención en la Ley arbitral, las dificultades que plantea la incorporación de terceros al arbitraje en curso no son pocas. Algunas de ellas están relacionadas con la confidencialidad, con el nombramiento de los árbitros o con el aumento de la complejidad, de la duración y de los costes del procedimiento, además del mayor riesgo de impugnación del fallo arbitral, por lo que convendría su regulación en la Ley arbitral.

3. La excepción de litispendencia en el procedimiento arbitral promovido para la impugnación de un acuerdo societario

La excepción de litispendencia no tiene un tratamiento específico en la Ley de Arbitraje, sin embargo, entendemos que lo mantenido en relación a la alegación de litispendencia en el proceso judicial debería de ser trasladable al procedimiento arbitral. Los motivos que nos llevan a admitir la eficacia de cosa juzgada de la sentencia y del laudo en procedimientos arbitrales posteriores, son los mismos que en su caso justificarían, que en el proceso arbitral fuera apreciada la excepción de litispendencia. Por lo anterior, si durante la pendencia de un proceso judicial o arbitral en el que se está conociendo de la impugnación de un acuerdo social, quienes fueran parte en cualquiera de estos procedimientos, o los socios a los que se extenderán los efectos de la sentencia o del laudo que les ponga fin, incoa un procedimiento arbitral con el mismo objeto, en este último se podrá alegar la excepción de litispendencia.

Este escenario, como analizamos anteriormente, será relativamente frecuente en la práctica, ya que los terceros con un interés legítimo en la impugnación, no quedan vinculados por la cláusula arbitral, de modo que no tendrán por qué acudir necesariamente al arbitraje. Por ello, un mismo acuerdo social podrá ser impugnado por un tercero con un interés legítimo en la vía judicial y por un socio en la vía arbitral. De este modo, si el segundo proceso que se incoa con identidad de partes, de *petitum* y de *causa petendi* es el arbitral, en él prosperará la excepción de litispendencia al encontrarse la cuestión pendiente ante la jurisdicción civil.

En la *praxis* arbitral también puede plantearse algún supuesto de pendencia simultánea de dos procesos arbitrales sobre una misma controversia de los que estén conociendo árbitros distintos. Esto podría suceder por una defectuosa redacción o diseño del convenio arbitral que contemplase la doble sumisión simultánea e indistinta a dos instituciones arbitrales; o porque ante una misma institución arbitral competente para intervenir en el arbitraje, se planteen una duplicidad de solicitudes arbitrales. La pluralidad de sujetos legitimados para la impugnación del acuerdo, propicia la multiplicación de procedimientos arbitrales con el mismo objeto. Por ello, en el caso de que esta pluralidad no se pueda evitar mediante la excepción de litispendencia, sería conveniente promover procedimientos arbitrales dentro de las instituciones, que establecieran mecanismos de acumulación de procesos en sentido análogo a cómo lo hace la LEC en sus arts. 74 ss. Así se evitarían los inconvenientes de encontrar varios laudos sobre un mismo acuerdo.

El tratamiento procesal de esta excepción de litispendencia en sede arbitral, debe ser semejante al del proceso judicial. Así, el árbitro podrá resolver con carácter previo esta cuestión cuando exista una identidad perfecta entre los objetos de los dos procesos pendientes, mientras que cuando la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas sobre la litispendencia lo aconsejen, podrá diferir su estudio a un momento posterior (art. 421 LEC).

IV. LA PREJUDICIALIDAD EN EL MARCO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Una vez analizado cómo opera la excepción de litispendencia entre el proceso judicial y el procedimiento arbitral en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, solo nos quedaría por examinar cómo lo hace el otro instituto preventivo de la cosa juzgada material, en este caso, de su efecto positivo. Para ello, primeramente, nos aproximaremos al instituto de la prejudicialidad civil.

1. La prejudicialidad civil

A) Noción

La prejudicialidad (100) civil (101), prejudicialidad homogénea o prejudicialidad endógena (102), viene referida a la relación existente entre dos procesos entre los que si bien no existe identidad de objetos, se produce una conexidad tal que de seguirse por separado pudieran dar lugar a sentencias contradictorias (103). De este modo, la prejudicialidad civil se erige en el precedente del efecto positivo de la cosa juzgada material (art. 222.4º LEC) (104).

Ante la ausencia de regulación de este fenómeno en la LEC de 1881, éste venía siendo reconocido por la jurisprudencia como un supuesto de litispendencia «impropia», al no reunir los presupuestos necesarios para que pudiera ser estimada la excepción de litispendencia (105). La LEC 1/2000 dedica a su regulación el art. 43 LEC (106), estableciendo que: «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto Tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial» (107).

B) Presupuestos y tratamiento procesal

Conceptualmente, una cuestión es prejudicial cuando entre dos procesos de algún modo conexos, la resolución previa del objeto principal de un proceso pendiente es necesaria para resolver sobre el objeto litigioso del segundo proceso (108). Por lo tanto, como señala el AAP de Madrid (Sección 10ª) 42/2007, de 5 de marzo, con cita de numerosa jurisprudencia menor, la Ley no califica la cuestión como prejudicialidad civil en cualquier caso: requiere que su resolución previa sea «necesaria» para el segundo proceso, no bastando que sea «conveniente», «útil» u «oportuna».

Si tenemos presente que la prejudicialidad civil pretende preservar el efecto positivo de la cosa juzgada material (art. 222.4 LEC), tendremos que sostener que han de concurrir los mismos presupuestos que para que ésta sea apreciada, a saber: la identidad subjetiva, de modo que los

litigantes de ambos procesos sean los mismos o los efectos de la sentencia se extiendan a ellos por disposición legal (109) ; y la identidad objetiva «*impropia*», o lo que es lo mismo, que el primer proceso se encuentre en relación de medio a fin respecto del segundo , de modo que el pleito anterior interfiera o prejuzgue al segundo, con riesgo de dividir la continencia de la causa y de que puedan pronunciarse sentencias contradictorias (110) .

A los efectos de resolver la prejudicialidad civil, el art. 43 LEC prevé una regla preferente y otra subsidiaria. La primera de ellas es la acumulación de procesos, de modo que siempre que para resolver sobre el objeto de un litigio civil sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que constituya el objeto principal de otro proceso civil pendiente ante el mismo o distinto tribunal, ha de llevarse a cabo la acumulación de procesos de acuerdo con los artículos 74 a 98 LEC. A este respecto, el art. 76 LEC contempla como uno de los motivos que justifican la acumulación de autos, el supuesto de que la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos produzca efectos prejudiciales en el otro.

La segunda, que como hemos avanzado opera únicamente en el caso de que la acumulación no proceda, es la suspensión del curso de las actuaciones hasta que la cuestión cuya resolución se precisa y que provoca efectos prejudiciales en el segundo proceso no se resuelva. Ahora bien, para que tenga lugar la suspensión del proceso es necesario que ésta haya sido interesada a petición de parte (111) , que puede provenir de ambas, quienes conjuntamente formalizan una petición de suspensión, o bien de una sola de ellas, en cuyo caso habrá que dar cumplimiento al principio de contradicción, concediendo a la parte contraria la oportunidad de ser oída, pero sin que se exija la voluntad conforme de ésta.

Del tenor literal del art. 43 LEC se desprende que la petición de las partes no vincula al juzgador, correspondiendo a este último la decisión de proceder o no a la suspensión, ya que el precepto dispone que el «*el tribunal podrá*» decretar la suspensión. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido interpretando que la petición consensuada de ambas partes (cuando se cumplen los requisitos exigidos en el art. 43 LEC y, en especial, la conexión entre los dos procesos) sí vincula al juzgador (112) . La decisión del tribunal civil revestirá la forma de auto motivado, por medio del cual accederá o denegará la suspensión del curso de las actuaciones en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Nada dice el legislador acerca del plazo para dictar la resolución, de lo que se deduce que ha de hacerlo sin dilación (art. 132.2º LEC).

La vía de impugnación de la decisión será distinta en función del sentido de la resolución. De este modo, si el juzgador deniega la suspensión la decisión podrá ser recurrida en reposición y, en el caso de que el auto acuerde la suspensión, frente a ella cabrá recurso de apelación. Por otro lado, nada dice el art. 43 –tampoco lo hace el art. 468 LEC – acerca de la posibilidad de plantear recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que todo parece indicar que se descarta esta posibilidad, ya que en relación a la prejudicialidad penal, esta posibilidad se regula expresamente (art. 41.2º LEC).

2. La alegación de prejudicialidad civil en el proceso judicial promovido para la impugnación de un acuerdo societario

La excepción de prejudicialidad en el proceso judicial en el que se pretende la impugnación de un acuerdo societario, podrá ser alegada cuando se aprecie la existencia de otro procedimiento en el que se está valorando una cuestión cuya resolución es necesaria para decidir la impugnación misma, de modo que, si ambos procedimientos discurren de manera independiente, pudieran alcanzarse resoluciones contradictorias. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de que un socio promueva un proceso judicial para la impugnación de un acuerdo social, alegando que es contrario a una cláusula de no competencia incluida en un pacto de socios, y en el marco de un proceso judicial anterior se esté valorando —a petición del socio afectado por la cláusula de no competencia— el alcance de esta. En este caso concurrirían los presupuestos necesarios para que sea apreciada la excepción, ya que las partes de ambos procesos son las mismas y la conexión de interdependencia entre los dos procesos también es clara.

En el ejemplo expuesto, la cuestión prejudicial pendiente de resolver se esté decidiendo en otro proceso judicial anterior, sin embargo, la prejudicialidad también podría ser arbitral. A este respecto, entendemos que cuando el art. 43 LEC reconoce eficacia prejudicial a las decisiones sobre cuestiones que constituyan «el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil», también se refiere a las decisiones pendientes ante el tribunal arbitral, pues este es un tribunal civil (113). Además, como indica F. Cordón Moreno, no sería razonable defender la eficacia de cosa juzgada del laudo en el proceso judicial posterior —cuando su apreciación comporta la exclusión del proceso— y negar, sin embargo, la prejudicialidad arbitral —cuyo efecto lleva aparejado, no ya la exclusión del proceso, sino su suspensión— (114).

El tratamiento procesal de la prejudicialidad será distinto en función de si es judicial o arbitral. En el primer caso, el juzgador, en aplicación del art. 43 LEC, tendrá que valorar en primer término la viabilidad de proceder a la acumulación de los procesos, que podrá ser solicitada a instancia de parte o promovida de oficio y, en el caso de que esta no proceda, por no cumplirse alguno de los presupuestos exigidos al efecto por la LEC (115), entonces el juez estaría facultado para suspender el segundo proceso a la espera de resolución de la cuestión prejudicial. En el segundo caso, si la cuestión prejudicial se esté sustanciando en el marco de un procedimiento arbitral, la acumulación debiera ser directamente descartada, ya que no cabe acumular un proceso judicial y uno arbitral, por lo que el juzgador tendría que valorar directamente la suspensión del curso de las actuaciones a la espera de resolución de la cuestión prejudicial arbitral.

3. La alegación de prejudicialidad civil en el procedimiento arbitral promovido para la impugnación de un acuerdo societario

Cuando se pretende hacer valer en un procedimiento arbitral una cuestión prejudicial pendiente de resolver en un proceso civil anterior (o en otro procedimiento arbitral), surgen, una vez más, dificultades derivadas del intento de trasladar al ámbito arbitral soluciones pensadas para el proceso judicial.

En un procedimiento arbitral pueden surgir cuestiones de prejudicialidad civil, referidas tanto a un procedimiento arbitral como a un proceso judicial. La prejudicialidad exige exista una cuestión necesaria para la resolución de la controversia arbitral que constituya el objeto de otro proceso

judicial o procedimiento arbitral, siempre y cuando las partes de ambos procesos sean las mismas o los efectos de la resolución se extiendan a ellos por disposición legal. Cumplidos estos dos presupuestos, las soluciones que se le presentan al árbitro son las mismas de las que dispone el juez en aplicación del art. 43 LEC:

La suspensión del procedimiento por prejudicialidad podría suponer un quebranto del plazo máximo para laudo y aun cuando esto no ponga en riesgo la validez del laudo, sí podría acarrear la responsabilidad del árbitro

La primera posibilidad, que pasaría por reunir los procesos conexos, tendría que ser descartada si la conexión de prejudicialidad civil proviene de la pendencia de un proceso judicial. Sin embargo, sería la opción preferente en el supuesto de que esta relación de prejudicialidad trajese causa de otro procedimiento arbitral en curso, ya que esta solución permitiría resolver todas las cuestiones en el seno de un mismo procedimiento, evitando el riesgo de obtener resoluciones contradictorias. Si todas las partes estuviesen de acuerdo, y la cuestión prejudicial versase sobre una materia disponible (art. 2 LA) es claro que podría llevarse a cabo la acumulación en el seno del procedimiento arbitral. Por el contrario, si no hubiera acuerdo de las partes, la acumulación en el marco del procedimiento arbitral sería inviable.

Descartada la acumulación por cualquiera de las razones expuestas, habría que valorar si el árbitro está facultado para acordar la suspensión por prejudicialidad civil. Resulta pacífico que pueda hacerlo en el supuesto de que sean ambas partes, de común acuerdo, las que así lo soliciten, pero suscita mayores dudas si la petición no es consensuada, ya que se descarta que la facultad de suspensión forme parte de los poderes de dirección del arbitraje que el art. 25 LA confiere a los árbitros (116). Además, la suspensión del procedimiento por prejudicialidad podría suponer un quebranto del plazo máximo para laudo (ocho meses a los que se refiere el art. 37.2º LA, incluida la posible prórroga acordada por el árbitro), y aun cuando esto no ponga en riesgo la validez del laudo, sí podría acarrear la responsabilidad del árbitro (117).

Además de la suspensión, la otra posibilidad de la que dispondría el árbitro sería la de decidir la cuestión prejudicial *incidenter tantum*. A este respecto se ha pronunciado la STSJ Madrid 3/2017, 3 de mayo (118), disponiendo que,

«... se podría argüir en contrario que la jurisdicción del árbitro tiene su fundamento y su límite en lo convencionalmente pactado, pero no es menos cierto que resulta cuestionable que las partes acuerden someterse a la decisión de un árbitro restringiéndole la posibilidad de que analice una premisa lógica de aquello que se le encomienda resolver [...]. Tal es lo que tradicionalmente ha justificado la regla general presente en nuestras leyes procesales acerca del conocimiento prejudicial: se ha aceptado la conveniencia del conocimiento incidenter tantum, en la conciencia de

que se carece de genuina competencia para enjuiciar dicho objeto plenamente, por lo que, en contrapartida, se priva de cosa juzgada material a lo resuelto de tal modo (art. 1o LOPJ)».

Ahora bien, la posibilidad de que el árbitro conozca *incidenter tantum* la cuestión prejudicial, tendría como límite que la cuestión sea indisponible (art. 2 LA).

Lo cierto es que, cuando no hay acuerdo de las partes, ni la suspensión del arbitraje, ni el conocimiento de la cuestión *incidenter tantum* por el árbitro, están exentas de dificultades. Sin embargo, la necesidad de optar por una de las dos soluciones exige ponderar la intensidad de las dificultades que cada una de ellas entraña. En nuestra opinión, las dos alternativas se oponen a la relevancia que tienen en el arbitraje la voluntad de las partes, ya que en ambos casos el árbitro ha de elegir en contra de las preferencias de una de ellas. Sin embargo, cuando el árbitro decide él mismo la cuestión prejudicial, además de lo anterior, asume el riesgo de que la sentencia o el laudo que resuelvan la cuestión prejudicial con carácter posterior, entre en contradicción con lo decidido por él *incidenter tantum*, convirtiendo al laudo así dictado en inútil. Por lo expuesto, y teniendo presentes las dificultades que se presentan en este último escenario, consideramos preferible abogar por la suspensión (119).

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ DÍAZ, M.A., «La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales, art. 204.3.a) LSC», en A. Roncero Sánchez (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de cumplimiento, no acciones de nulidad», *Almacén de Derecho*, 2014.

ALLORIO, E., *La cosa juzgada frente a terceros* (trad. Pulido Barreto, M. A.), Madrid, Marcial Pons, 2014.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Objeto del proceso: acuerdos susceptibles de impugnación y acuerdos no impugnables», VLEX-643614993, 2020, pp. 73 ss. Disponible en: [<https://app.vlex.com/#vid./objeto-proceso-acuerdos-susceptibles-643614993>].

ARIZA COLMENAREJO, M.J., «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», *Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blach, 2018.

BERZOSA FRANCO, V., *Demanda, y objeto del proceso*, Córdoba, 1984.

BOQUERA OLIVER, V., «Los límites subjetivos de la cosa juzgada», en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

BOTANA AGRA, M., «Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas», *Derecho de los Negocios*, n.º 100, año 10, La Ley-Actualidad, enero 1999.

CALAZA LÓPEZ, S., «El arbitraje societario», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 21, Madrid, 2003.

CALAZA LÓPEZ, S., «La cobertura actual de la cosa juzgada», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009.

CALAZA LÓPEZ, S., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, Ramón Areces, 2003.

CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2009.

CAMPO CANDELAS, J. y GÓMEZ FERRIZ, J., «El incidente de previo pronunciamiento sobre el carácter "esencial" o "determinante" de los motivos de impugnación previsto en el art. 204.3 LSC», *Práctica de Tribunales*, n.º 136, enero-febrero 2019, Wolters Kluwer, La Ley 573/2019.

CAMPO VILLEGAS, E., «Alcance de la prejudicialidad civil en un laudo arbitral», *Diario La Ley*, n.º 7927, 2012.

CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, Cedam, 1936.

CARRETERO MORALES, E., «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)», *Indret*, Barcelona, enero 2007.

CASTEDO, F., «Prejudicialidad civil y penal en el proceso arbitral», en F. Ruiz Ruiseño y J. C. Fernández Rozas (coord.), *El Arbitraje y la Buena Administración de Justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia, Tirant lo Blach, 2019.

CORDÓN MORENO, F., «Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta», *Análisis*, Gómez Acebo y Pombo, 2017.

CORDÓN MORENO, F., «La prejudicialidad civil en el arbitraje», *GA_P*, Gómez Acebo & Pombo. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/La-prejudicialidad-civil-en-el-arbitraje.pdf>. Consultado por última vez el 28 de noviembre de 2021.

COUTURE, E.J., *Proyecto de Código de procedimiento civil: con exposición de motivos*, Montevideo, 1945.

DE LA OLIVA, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.

DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada:(civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Ramón Areces, 1991.

DÍAZ MORENO, A., «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado», en *Derecho*

de Sociedades, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El "enforcement" societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 29, Arazandi, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Únicamente aquellas acciones impugnatorias ejercitadas contra acuerdos contrarios al orden público quedarán excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje (AAP Valladolid 5 marzo 2018)», *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 2018.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Sobre el arbitraje estatutario. En particular, el de equidad», *Revista de derecho de sociedades*, Aranzadi, n.º 32, 2009.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., González Navarro, A. y Melero Bosch, L., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2014.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, vol. 1, Barcelona, Bosch, 2010.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 45, 2016.

GARNICA MARTIN, J.F. en M.A. Fernández Ballesteros, J.M. Rifá Soler; J.F. Valls Gombau, *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, arts. 1 al 280, Barcelona, Iurgium editores, 2000.

GARNICA MARTÍN, J.F., «Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales», en R. Gimeno-Bayón y L. Garrido (Coords.), *Órganos de la Sociedad de Capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GARNICA MARTÍN, J.F., en M. A. Fernández Ballesteros; J. M. Rifá Soler; J. F. Valls Gombau, *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, arts. 1 al 280, Barcelona, Atelier, 2000.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, Madrid, Colex, 2015.

GOMÁ LANZÓN, I., «Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral», en F. Rodríguez Artigas et. Al. (dir), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Madrid, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J.L., en J. Montero Aroca, J. y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, McGraw-Hill, 2002.

- GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia, Tirant Monografías, 2008.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., «La *Litis-pendencia*», *Revista de Derecho Procesal*, 1969.
- HERNÁNDEZ MARQUÉS, H., «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia, Tirant lo Blach, 2019.
- LIEBMAN, ET, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán, Giuffrè, 1935.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *El litisconsorcio*, Valencia, Tirant lo Blach, 2009.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, I., *La litispendencia*, Barcelona, 1999.
- MASSAGUER, J., «Lecciones: Legitimación en materia de impugnación de acuerdos societarios», *Almacén de Derecho*, 2016.
- MELERO BOSCH, L.V., «El carácter esencial del motivo de impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, seconda edizione, Turín, UTET, 2002.
- MONFORTE, J.D., «Preclusión por inacción procesal. Extensión de la cosa juzgada», *Actualidad Jurídica de Aranzadi*, n.º 749/2008.
- MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada: conceptos generales», en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, Valencia Tirant Online, 2000, TOL 11.980.
- MORALES BARCELÓ, J., «Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014.
- NIETO DELGADO, C., «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales: cuestiones prácticas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 147/2017, parte artículos, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 56, 2005.
- PAZ-ARES, C., «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría*, n.º 5/2003.

Perales Viscasillas, P., «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la ley de arbitraje, Arbitraje de equidad y separación por Justa Causa», *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº13, Sección Artículos, La Ley, primer cuatrimestre de 2012.

PERDICES, A., «Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos», *Almacén del Derecho*, 2016.

REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el Proceso Civil*, Barcelona , Bosch, 2006.

Romero Seguel, A., «La prejudicialidad en el proceso civil», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 2, 2015.

SALA SÁNCHEZ, P., «Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales, en F. Ruiz Risueño y J.C. Fenández Rozas (coords.), *El laudo arbitral*, Valencia, Tirant lo Blach, 2021.

SALAS CARCELLER, A., «La litispendencia y su relación con la cosa juzgada», en A. Salas Carceller (dir.), *Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ GIMENO, S., «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 49, 2018.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Litispendencia», *Revista de Dererecho Procesal*, 1969.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000 .

VEGAS TORRES, J., «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0, junio 2002.

WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. de Banhaf), vol. 2, Buenos Aires, 1977.

(1)

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.

[Ver Texto](#)

(2) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA).

[Ver Texto](#)

(3) A. Díaz Moreno, «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado», en *Derecho de*

Sociedades, Valencia, Tirant lo Blach, 2018, pp. 1534 ss, considera que la prioridad del legislador no es la de excluir el arbitraje *ad hoc*, sino simplemente garantizar que la designación de los árbitros la efectúe un tercero independiente (diferente a la sociedad y a los impugnantes).

Ver Texto

- (4) Para el ejercicio de la acción de nulidad tenían reconocida legitimación: todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acreditase interés legítimo.

Ver Texto

- (5) Para el ejercicio de la acción de anulación tenían reconocida legitimación: los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

Ver Texto

- (6) Precisa el artículo de referencia que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño patrimonial social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Esto último sucedería cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Ver Texto

- (7) *Vid.* sobre la delimitación doctrinal y jurisprudencial del orden público a estos efectos: M. García-Villarrubia Bernabé, «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales», *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, n.º 45, 2016.

Ver Texto

- (8) Como sostiene J. Alfaro Águila-Real, «Las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de cumplimiento, no acciones de nulidad», *Almacén de Derecho*, 2014, «nada tiene que ver la anulabilidad de los contratos (por vicio del consentimiento o por incapacidad) con la anulabilidad de un acuerdo social. Que un contrato sea anulable sólo quiere decir que su nulidad sólo puede hacerse valer por una de las partes (la que ha sufrido el vicio o el contratante que era incapaz); que el contrato, visto desde la perspectiva del incapaz es nulo (no produce efectos). Que un acuerdo social sea nulo cuando sea contrario a la Ley y que sea anulable cuando sea contrario 'a los estatutos o al interés social' carece de sentido».

Ver Texto

- (9) *Vid.* a este respecto: M.A. Alcalá Díaz, «La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales, art. 204.3.a) LSC», en A. Roncero Sánchez (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015; también L.V. Melero Bosch, «El carácter esencial del motivo de impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blach, 2018.

Ver Texto

(10) *Vid.* en relación a la regulación de este incidente: J. Campo Candelas y J. Gómez Ferriz, «El incidente de previo pronunciamiento sobre el carácter "esencial" o "determinante" de los motivos de impugnación previsto en el art. 204.3 LSC», *Práctica de Tribunales*, n.º 136, enero-febrero 2019, Wolters Kluwer, La Ley 573/2019; también P. Álvarez Sánchez De Movellán, «Objeto del proceso: acuerdos susceptibles de impugnación y acuerdos no impugnables», VLEX-643614993, 2020, pp. 73 ss. Disponible en: [<https://app.vlex.com/#vid./objeto-proceso-acuerdos-susceptibles-643614993>].

Ver Texto

(11) El establecimiento de un plazo de caducidad, en lugar de prescripción, responde a la necesidad de otorgar seguridad en el tráfico mercantil, proporcionando un criterio uniforme de normalización del orden público, ya que ni las partes ni los tribunales pueden alterar las consecuencias extintivas que conlleva el ininterrumpido desarrollo del mismo. *Cf.* S. Calaza López, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, Ramón Areces, 2003, p. 67.

Ver Texto

(12) La STS 369/2021, 28 de mayo de 2021, ECLI: ES:TS:2021:2192, hace un examen del art. 205 LSC, concluyendo en cuanto al cómputo del plazo, que este inicia desde que se tuvo o pudo tener conocimiento de los acuerdos sociales: para administradores y socios asistentes a la reunión, cuando se adoptan, y para los terceros (y administradores y socios no asistentes), desde que por el efecto de la oponibilidad cesa la presunción de buena del art. 21.4 Ccom.

Ver Texto

(13) La norma indica expresamente que la acción no caduca «ni prescribe», lo que, tal y como señala M. García-Villarrubia, «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales», *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, n.º 45, 2016, nos recuerda que esta acción tampoco está sujeta al plazo general de prescripción de cinco años previsto para el ejercicio de acciones personales (art.1964.2 CC).

Ver Texto

(14) Como sostiene la STS 73/2018, de 14 de febrero, ECLI: ES:TS:2018:410, «cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial está legitimada para impugnar el acuerdo».

Ver Texto

(15) *Vid.* sobre la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales J. Massaguer, «Lecciones: Legitimación en materia de impugnación de acuerdos societarios», en *Almacén de Derecho*, 2016; también J. Boquera Matarredona, «Antiguos problemas y nuevas dudas sobre la legitimación para impugnar acuerdos sociales», *Cuadernos de Derecho y comercio*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, pp. 15 a 46.

Ver Texto

(16) En este punto nos sumamos al parecer de Ariza Colmenarejo, cuando señala que la existencia de una cláusula arbitral en los estatutos sociales habilita para que cualquier administrador, tercero con interés

legítimo, y socio con al menos el uno por ciento del capital, pueda exigir su cumplimiento ante la institución arbitral en la que se ejercite la impugnación. De este modo, el tercero, aunque no quede obligado a hacer uso del cauce arbitral, tendrá reconocida legitimación para entablar su acción en aquel. Cf. M.J. Ariza Colmenarejo, «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blach, 2018, p. 1579.

Ver Texto

- (17) Como adelantamos en el texto, y aunque exceda del cometido de este trabajo, la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos contrarios al orden público es una cuestión controvertida. A este respecto encontramos a autores que defienden la arbitrabilidad de la impugnación también en estos casos, como E. Gallego Sánchez, «Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad», *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 32, 2009, p. 47, para quien la errónea asimilación entre imperatividad-indisponibilidad «puede estar propiciada por la utilización legal del término "materia" cuando lo cierto es que el objeto de la libre disposición de las partes sobre el que se plantean las controversias no está constituido por las "materias" sino individualmente consideradas, por los distintos derechos subjetivos respecto de los cuales se plantean aquellas»; o S. Sánchez Gimeno, «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 49, 2018, p. 105, que parece secundar la postura de la autora antes citada. En sentido opuesto se han manifestado, entre otros, J.M. Gómez Porrúa, «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en *Derecho de Sociedades: Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, McGraw-Hill, 2002, para quien el carácter ilícito del acto *contra legem* lo atribuye *ipso iure* la vis intrínseca de la norma sancionadora, siendo irrenunciable y a la postre indisponible. En la misma línea se ha pronunciado P. Perales Viscasillas, «Sociedades de capital y arbitraje. Reforma de la ley de arbitraje, Arbitraje de equidad y separación por Justa Causa», *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº13, Sección Artículos, La Ley, primer cuatrimestre de 2012, quien entiende que la violación del orden público es siempre indisponible; o I. Gomá Lanzón, «Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral», en F. Rodríguez Artigas *et al.* (dir), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Madrid, 2015, p. 370. Entre la jurisprudencia, también encontramos alguna resolución, como el AAP Valladolid (Sección 3ª), 30/2018, de 5 de marzo, ECLI:ES:APVA:2018:449ª, que niegan la arbitrabilidad de la impugnación en estos casos. Vid. a este último respecto J. C. Fernández Rozas, «Únicamente aquellas acciones impugnatorias ejercitadas contra acuerdos contrarios al orden público quedarán excluidas de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje (AAP Valladolid 5 marzo 2018)», El Blog de José Carlos Fernández Rozas, 2018. Disponible en: [<https://fernandezrozas.com/2018/07/15/unicamente-aquellas-acciones-impugnatorias-ejercitadas-contra-acuerdos-contrarios-al-orden-publico-querarian-excluidas-de-la-posibilidad-ser-sometidas-a-arbitraje-aap-valladolid-5-marzo-2018/>].

Ver Texto

- (18) En este sentido se ha pronunciado, entre otros, M.J. Ariza Colmenarejo, «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.*, pp. 1568 a 1569.

Ver Texto

- (19) Como señala S. Sánchez Gimeno, «Impugnación de acuerdos...», *op. cit.* p. 107, la vinculación de los administradores a la cláusula de sumisión a arbitraje se justifica por su condición de miembros del

órgano de administración, que determina que queden obligados por los estatutos sociales y por los acuerdos adoptados por los órganos de la sociedad.

[Ver Texto](#)

(20) La mayoría requerida no se modula en razón del tipo social, lo que ha sido motivo de crítica por parte de la doctrina, al entender que las características propias de las sociedades limitadas y de las anónimas justificarían la previsión de un porcentaje distinto, menor en el caso de las sociedades anónimas. Como indica P. Perales Viscasillas, «Sociedades de capital...», *loc. cit.*, pp. 3 y 4, las exigentes mayorías requeridas impedirán que las grandes sociedades con capital disperso —entre ellas las sociedades anónimas cotizadas— puedan modificar sus estatutos para incluir una cláusula de arbitraje estatutario.

[Ver Texto](#)

(21) ECLI: ES:TS:2009:940.

[Ver Texto](#)

(22) ECLI: ES:TS:2009:941.

[Ver Texto](#)

(23) ECLI:ES:TS:2016:659.

[Ver Texto](#)

(24) Como señala C. Paz-Ares, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría*, n.º 5/2003, pp. 30 ss., lo característico de este tipo de pactos es que no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, por lo que quedan privados de eficacia externa del contrato social.

Ahora bien, conviene tener presente que, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, nuestros tribunales han considerado que estos pactos reservados resultan oponibles a la sociedad. Varias son las sentencias del Tribunal Supremo que defienden la oponibilidad del pacto frente a la sociedad, cuando concurra abuso de derecho o mala fe por parte de quien firma el pacto de socios y posteriormente lo quebranta. Aunque estas resoluciones no consideran que el pacto, por sí solo y abstracción hecha de las circunstancias concurrentes, sea oponible a la sociedad, sí que defienden su oponibilidad en estos casos. *Vid.* en este sentido la STS n.º 589/2014 de 3 de noviembre, ECLI:ES:TS:2014:4443; la STS n.º 103/2016 de 25 febrero, ECLI:ES:TS:2016:659; la reciente STS n.º 613/2020 de 17 noviembre, ECLI: ES:TS:2020:3794 y, sobre todo, por ser la más elaborada sobre la materia y una de las más recientes, la importante STS n.º 120/2020, de 20 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:507.

[Ver Texto](#)

(25) Así lo entienden, entre otros, C. Paz-Ares, «El enforcement de...», *loc. cit.*, pp. 33 ss. Como sostiene a este respecto A. Perdices: «Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos», *Almacén del Derecho*, 11 de marzo de 2016, cuando la sociedad no es un tercero porque todos sus socios son partes de un pacto, la sociedad está vinculada que por el mismo, precisamente porque no es tercero. En igual sentido, S. Sánchez Gimeno, «Impugnación de acuerdos...», *loc. cit.*, pp. 108 y 109,

considera la sociedad no es algo distinto de sus socios, por lo que, si el pacto es omnilateral, podría defenderse la validez del sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en virtud de este pacto.

[Ver Texto](#)

(26) ECLI: ES: APB:2019:1970.

[Ver Texto](#)

(27) ECLI: ES: APB:2016:3535.

[Ver Texto](#)

(28)
ECLI: ES: APB:2020:95A.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* en idénticos términos el AAP de Barcelona (Sección 15ª) 6/2020, de 13 de enero de 2020, ECLI: ES: APB:2020:95ª.

[Ver Texto](#)

(30) *Vid.* I. Tapia Fernández, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000, p. 135.

[Ver Texto](#)

(31) En el mismo sentido señala J. F. Garnica Martín, en M. A. Fernández Ballesteros, J. M. Rifá Soler; J.F. Valls Gombau (dirs.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil, vol. 1, arts. 1 al 280, Atelier, 2000, p. 865, que «la cosa juzgada es una institución esencial sin la cual es incluso inconcebible hoy el normal desarrollo de la actividad jurisdiccional».

[Ver Texto](#)

(32) Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución (entre otras, en sus SSTC 48/1999, de 22 de marzo, 286/2000, de 27 de noviembre, 140/2001, de 18 de junio, o 56/2002, de 11 de marzo) funda la existencia del efecto de cosa juzgada en los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal, en virtud de los cuales se veda a los órganos jurisdiccionales, fuera de los casos previstos legalmente, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección jurisdiccional carecería de eficacia si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia. Lo que podría suceder, no sólo con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro concurriendo las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia.

[Ver Texto](#)

(33) A propósito de la dificultad que entraña la delimitación de este instituto, A. De La Oliva, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 397 y 404, afirma que esta institución está aquejada desde hace décadas de una «*incomprensión lamentable*», dentro de la «*degeneración contemporánea de los conceptos jurídicos*».

[Ver Texto](#)

(34) *Vid.*, P. Grande Seara, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia, Tirant Monografías, 2008, p. 33.

[Ver Texto](#)

(35) Tal y como explica ET Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán, Giuffrè, 1935, mantiene que el hablar de cosa juzgada formal y material no implica que existan dos cosas juzgadas diferentes. Podría decirse entonces a este respecto, que si bien el concepto de cosa juzgada es único, al mismo se atribuye una doble función: por un lado, hace inmutable el acto de la sentencia; y por otro lado, hace inmutables los efectos producidos por la sentencia, porque los consolida y garantiza contra el peligro de una decisión contradictoria. Igualmente, S. Menchini, *Il giudicato civile*, Turín, UTET, 2002, pp. 22 a 23, incide en el carácter complementario de la cosa juzgada formal y material. Para E. J. Couture, *Proyecto de Código...*, *op. cit.*, p. 311, la cosa juzgada formal sería un presupuesto de la cosa juzgada material, ya que constituye un antecedente necesario sin el cual no es posible llegar a una sentencia. En sentido similar, A. De La Oliva, *Sobre la cosa juzgada: (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 23, señala que la cosa juzgada material presupone la formal.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.* F. Garnica Martín, en M. A. Fernández Ballesteros, J. M. Rifá Soler; J. F. Valls Gombau (dirs.), *Comentarios a la...*, *op. cit.*, p. 866.

[Ver Texto](#)

(37) *Cf.* J. Montero Aroca, *El nuevo proceso civil*, Valencia, Tirant Online, 2000, TOL 11.980, p. 609.

[Ver Texto](#)

(38) La firmeza es la cualidad de las resoluciones judiciales contra las que no cabe recurso alguno, bien porque la Ley no lo contempla, bien porque previéndolo, hubiere expirado el plazo fijado legalmente en orden a su interposición (art. 207.2º LEC). Las resoluciones firmes vendrían a distinguirse así de las resoluciones definitivas, por cuanto estas últimas son aquéllas que ponen fin a la primera instancia y que resuelven los recursos contra ellas interpuestos (art. 207.1º LEC), por cuanto al respecto de estas últimas cabrá la interposición de los recursos legalmente previstos.

[Ver Texto](#)

(39) La impugnabilidad es una consecuencia de la firmeza que vincula a las partes, en cuya virtud estas no podrán impugnar la resolución que haya alcanzado firmeza y sustituirla por otra distinta.

[Ver Texto](#)

(40) Es el caso, entre otros, de J. Montero Aroca, «La cosa juzgada: conceptos generales», en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 73, quien señala que la palabra firmeza resulta «mucho más expresiva y mucho menos llamada a equívocos que la tradicional fórmula de cosa juzgada formal». Por su parte, F. Garnica Martín, en M. A. Fernández Ballesteros, J. M. Rifá Soler; J. F. Valls Gombau (Dirs.), *Comentarios a la... op. cit.*, p. 866, opina que «el concepto de cosa juzgada formal es innecesario, por cuanto basta con el concepto de firmeza para expresar lo que se quiere decir con esa idea de cosa juzgada formal. El aspecto adicional que se puede encontrar en ese concepto respecto al de firmeza, la vinculación jurídica para el órgano jurisdiccional, es innecesario, porque procede del principio de vinculación jurídica del órgano jurisdiccional a las resoluciones, es decir, es una vinculación que ni tan siquiera procede de la firmeza, sino que es previa a la misma».

[Ver Texto](#)

(41) Algunos autores como A. De la Oliva Santos, *Objeto del proceso...*, *op. cit.*, p. 96, defienden la sustantividad de cada uno de estos dos fenómenos, esto es, de la firmeza e inimpugnabilidad. Sin embargo, como indica P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *cit.*, p. 43, entre la doctrina procesalista española existe un gran consenso en orden a considerar la inimpugnabilidad y la firmeza como sinónimos, siendo *communis opinio* que la firmeza de las resoluciones judiciales es la cualidad de su inimpugnabilidad. Así lo considera I. Tapia Fernández, *El objeto del...*, *cit.*, pp. 138 ss., cuando señala que «la cosa juzgada es la situación dentro de un proceso en que se encuentra una resolución cualquiera que ha adquirido firmeza; o lo que es lo mismo la cosa juzgada se predica de cualquier resolución que adquiere la cualidad de inimpugnable».

[Ver Texto](#)

(42) *Vid.* P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *op. cit.*, p. 39.

[Ver Texto](#)

(43) F. Carnelutti señalaba, en este sentido, a modo de distinción, que «la cosa juzgada formal se refiere a la imperatividad, en tanto que la cosa juzgada material se refiere a la inmutabilidad. La cosa juzgada formal hace a la decisión inimpugnable y la cosa juzgada material, la hace indiscutible». *Cf. Instituciones de proceso civil*, vol. 1, Ejea, Buenos Aires, 1959, pp. 142 y 143

[Ver Texto](#)

(44) Tal y como señala la STS 230/2010, de 20 de abril, ECLI: ES:TS:2010:1925, «La función negativa de la cosa juzgada material supone, según la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1990, 'un efecto preclusivo, traducido en el aforismo no *bis in idem*, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la *litiscontestatio*'. Así, la función negativa se traduce en el principio no *bis in idem*, esto es —según la sentencia de 24 de febrero de 2001, «el que proclama la imposibilidad de juzgar dos veces la misma cuestión» (F. J. 2º).

[Ver Texto](#)

(45) Como sostiene A. De la Oliva Santos, *Sobre la cosa...*, *op. cit.*, p. 25, a esta función de la cosa juzgada se le denomina negativa o excluyente porque niega o excluye el segundo proceso o, cuando menos, una segunda sentencia sobre el fondo. A este último respecto señala P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *op. cit.*, que aun cuando lo deseable sería que no llegase a abrirse un nuevo proceso sobre un objeto procesal ya juzgado, esto constituye únicamente un *desideratum*, pues en buena parte de las ocasiones el juzgador no tendrá constancia de tal circunstancia hasta que el segundo se encuentre ya en curso.

[Ver Texto](#)

(46) A estas tres identidades se refería ya el art. 1252 CC, que era el único precepto de la regulación anterior a la LEC 1/2000 que hacía referencia a la cosa juzgada y a sus límites.

[Ver Texto](#)

(47) Como explica E. Allorio, *La cosa juzgada...*, *op. cit.*, pp. 45 a 46, tal principio fue formulado de manera absolutamente clara por los juristas romanos, y fue aplicado de manera constante por aquellos, llegando hasta nosotros a través de la literatura jurídica del *ius comune* y del movimiento codificador.

[Ver Texto](#)

(48) De interés, si bien previo a la LEC 1/2000, V. Boquera Oliver, «Los límites subjetivos de la cosa juzgada», en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 139 ss.

[Ver Texto](#)

(49) Señala V. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil, I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2015, p. 667, que el fundamento de la identidad subjetiva radica en los derechos fundamentales a la tutela y a la defensa, pues como regla general no pueden extenderse los efectos de una sentencia a quienes no han podido ser oídos en el proceso del que ésta trae causa.

[Ver Texto](#)

(50) Cf. I. Tapia Fernández, *El objeto del...*, *op. cit.*, p. 184.

[Ver Texto](#)

(51) A. De la Oliva Santos, *Sobre la cosa...*, *op. cit.*, p. 56.

[Ver Texto](#)

(52) *Vid.* S. Calaza López, «La cobertura actual de la cosa juzgada», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 20, 2009, pp. 67 a 93.

[Ver Texto](#)

(53) I. Tapia Fernández, *Efectos objetivos de la cosa juzgada*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, p. 186.

[Ver Texto](#)

(54) *Vid.* J.D. Monforte, «Preclusión por inacción procesal. Extensión de la cosa juzgada», en *Actualidad Jurídica de Aranzadi*, n.º 749/2008; J.F. Garnica Martín, en M.A. Fernández Ballesteros; J. M. Rifá Soler; J. F. Valls Gombau, *Comentarios a la Nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, arts. 1 al 280, Barcelona, Iurium editores, 2000, pp. 870 ss.

[Ver Texto](#)

(55) A este respecto dispone la SAP de Valladolid (Sección 1ª) 358/2006, de 27 de noviembre, que «La delimitación de la cosa juzgada, a efectos de su vinculación en otro proceso para excluirlo, alcanza no sólo a lo sentenciado expresamente, por haber sido alegado por las partes, sino también a lo que las partes pudieron y debieron haber alegado sin que sea admisible provocar una sucesión de procesos con la consiguiente inseguridad jurídica que se deriva de esa postura cuando en uno sólo se pudieron dilucidar todas las diferencias existentes entre las partes [...] Es cierto como afirma la parte recurrente que la ampliación es una facultad del actor, como se deduce del vocablo 'podrá' que recoge el art. 401. No es obligatorio pedirla pero si no se hace el efecto es la aplicación del art. 400 que establece la preclusión de alegar hechos y fundamentos jurídicos que se pudieron hacer en el proceso anterior con la consecuencia de considerar existente la cosa juzgada» (F. J. 1º).

[Ver Texto](#)

(56) A este respecto, establece la STS 307/2010, de 25 de mayo, ECLI: ES:TS:2010:3036, que el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada «impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes» El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la *litis* (SSTS 1 de diciembre de 1997 y 12 de junio de 2008). El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1º CE (STC 34/2003, de 25 de febrero)» (F. J. 4º).

[Ver Texto](#)

(57) *Cfr.* P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *op. cit.*, pp. 96 ss.

[Ver Texto](#)

(58) Cfr. J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles...*, op. cit., p. 602.

[Ver Texto](#)

(59) V. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 665.

[Ver Texto](#)

(60) Entre otras, en las SSTs 789/2013, de 30 diciembre, ECLI:ES:TS:2013:6494 (F. J. 2º); 307/2010, de 25 mayo, ECLI: ES:TS:2010:3036 (F. J. 4º); 491/2007, de 7 de mayo, ECLI: ES:TS:2007:2553 (F. J. 2º); de 28 de febrero de 1991 (F. J. 2º).

[Ver Texto](#)

(61) El tenor literal del art. 222.3 LEC es el que sigue: «Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado». No es necesario, por lo tanto, que sea otro socio el que incoe el proceso.

[Ver Texto](#)

(62) El legislador de la LEC 1/2000, se aparta del régimen anterior, descartando el establecimiento de un sistema de extensión de los efectos de la sentencia «*secundum eventum litis*», como el contemplado hasta el momento en el art. 122.1 LSA «la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado». Vid. P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, op. cit., p. 314.

[Ver Texto](#)

(63) Es el caso, entre otros, de J. Garberí Llobregat; A. González Navarro; L. Melero Bosch, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 623, quien considera que «en resumidas cuentas, esas sentencias constitutivas producen sus efectos *erga omnes* y, por ende, afectan a quienes hubieren litigado y a quienes no lo hubieran hecho, sean éstos socios, administradores o terceros».

[Ver Texto](#)

(64) Como sostiene la STS 153/2020, de 5 de marzo, ECLI:ES:TS:2020:708, lo característico de ellas es que producen un efecto jurídico material directo (constitutivo, modificativo o extintivo) en el ámbito sustantivo. La sentencia del Tribunal Supremo analizada recoge con claridad esta doctrina: «estas sentencias crean, modifican o extinguen la situación jurídica misma a que se refieren, previo el juicio lógico de conformidad de la pretensión con el derecho objetivo en que consiste su fundamentación. Se trata del nacimiento de una situación jurídica nueva (o de su modificación o extinción) que no preexistía a la propia sentencia, una vez firme, sino que se genera por el *imperium* propio de la sentencia». La doctrina más característica y también la jurisprudencia distinguen dos tipos de acciones constitutivas: «unas en las que el proceso judicial es necesario para la producción del efecto y otras en que, aun siendo constitutiva la acción judicial, el tema puede ser extrajudicialmente resuelto por pertenecer a la disponibilidad de las partes» (Díez Picazo) y, junto con este efecto material (constitutivo), reconocen a la sentencia estimatoria también el de cosa juzgada (vid.. la ya antigua STS de 22 de marzo de 1985).

Ver Texto

(65)

La sentencia desestimatoria no supone en este caso innovación alguna en el ordenamiento jurídico, no crea, modifica ni extingue la situación jurídica preexistente. Como sostiene P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *op. cit.*, p. 323, «Dicha sentencia despliega una eficacia jurídico -material meramente declarativa, proporcionando certeza sobre la validez del acuerdo que había sido cuestionada».

Ver Texto

(66) *Vid.* en este sentido M.J. Ariza Colmenarejo: «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.*, p. 1575.

Ver Texto

(67) Es el caso de P. Grande Seara, *La extensión subjetiva...*, *op. cit.*, pp. 319 ss.

Ver Texto

(68) Así lo entiende, igualmente, M. J. Ariza Colmenarejo, «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.*, p.1577.

Ver Texto

(69) Sostienen este planteamiento J. Picó: «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, *op. cit.*, p. 107, y M. J. Ariza : «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1575 ss. Aparentemente en contra, J. Garnica: «Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales», en R. Gimeno-Bayón y L. Garrido (coords.), *Órganos de la Sociedad de Capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 558.

Ver Texto

(70) Sostienen este planteamiento J. Picó: «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, *op. cit.*, p. 107, y M. J. Ariza Colmenarejo: «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.* pp. 1575 ss. Aparentemente en contra, J. Garnica: «Efectos de la...», *loc. cit.*, p. 558. Por su parte, A. Díaz se limita a apuntar el problema, pero no se pronuncia sobre él (*vid.* «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado », *loc. cit.*, p. 1554, nota 37).

Ver Texto

(71) ECLI:ES:TS:2010:4527. *Vid.* También en este mismo sentido la SAP Bilbao n.º 211/2018, de 16 de mayo.

Ver Texto

(72) En el mismo sentido se había pronunciado ya el Tribunal Constitucional, al establecer que mediante el laudo arbitral las partes consiguen «los mismos resultados» que mediante la sentencia, «una decisión al

conflicto con efectos de cosa juzgada» (STC 15/1987, de 6 de febrero, entre otras).

[Ver Texto](#)

(73)

Cf. M.J. Ariza Colmenarejo: «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.* p. 1578.

[Ver Texto](#)

(74)

Así lo entiende, entre otros, H. Hernández Marqués, «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia, Tirant lo Blach, 2019, p. 442, quien considera que no se debe aplicar la regla de la preclusión de hechos en el proceso arbitral. Recuerda a este respecto que salvo que los árbitros lo consideren temporalmente improcedente, las partes pueden en el curso del procedimiento, modificar o ampliar la demanda o contestación.

[Ver Texto](#)

(75)

Cf. M. J. Ariza Colmenarejo: «Extensión subjetiva de...», *loc. cit.* p. 1576.

[Ver Texto](#)

(76)

Vid. En este sentido S. Sánchez Gimeno, «Impugnación de acuerdos...», *loc. cit.*, p. 113.

[Ver Texto](#)

(77) *Vid.* V. Fairén Guillén, «El momento de producción de la litispendencia según la legislación y la jurisprudencia actuales», *Revista General de Derecho*, n.º 99, 1952, pp. 614 ss.; M. Serra Domínguez, «Litispendencia», *Revista de Derecho Procesal*, 1969, pp. 656 ss.; E. Gutiérrez de Cabiedes, «La Litispendencia», en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, pp. 633 ss; J. M. Chozas Alonso, *La «perpetuatio iurisdictionis»*, *loc. cit.*, pp. 4 a 16.

[Ver Texto](#)

(78) Destaca J. M. Chozas Alonso, *La perpetuatio iurisdictionis...*, *op. cit.*, pp. 2 ss, que el concepto de litispendencia es, ante todo, un concepto plurívoco.

[Ver Texto](#)

(79) M. Serra Domínguez, «Litispendencia», *loc. cit.*, p. 32.

[Ver Texto](#)

(80) A este respecto señala J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles...*, *op. cit.*, p. 900, que la cosa juzgada material «viene a ser al futuro lo que la litispendencia es al presente, impidiendo la primera que actos posteriores a la firmeza puedan contradecir lo resuelto, evitando la segunda que actos contemporáneos al proceso puedan desembocar en actuaciones igualmente contradictorias».

[Ver Texto](#)

(81) En cuanto a la finalidad que por medio de la litispendencia se persigue señala P. Gutiérrez de Cabiedes, que si se impide la sustanciación de un proceso idéntico a otro es porque la seguridad jurídica exige evitar resoluciones firmes contradictorias, al tiempo que el principio de economía procesal impone la eliminación de una actividad procesal doble, en P. Gutiérrez de Cabiedes, «La Litis-pendencia», *Revista de Derecho Procesal*, 1969, p. 616.

[Ver Texto](#)

(82) A propósito de este primer presupuesto señala la STS n.º 140/2012, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:2948, que es suficiente con que alguno o algunos de los demandantes y alguno o algunos de los demandados coincidan. Sin embargo, la sentencia contiene un voto particular en el que se defiende que la identidad de partes debe ser absoluta ya que «Al haber una legitimación conjunta plural, se produce la situación de litispendencia, ya que lo importante es que sean los mismos los sujetos que hayan de sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada en los pleitos recaídos en ambos procesos» [...] «Precisamente el hecho de que exista lo que se titula como 'legitimación conjunta plural' exige la presencia en el mismo proceso como demandados de todos los interesados a fin de que la "cosa juzgada" pueda extenderse igualmente a todos ellos; de modo que, si no es así, lo procedente será, a falta de acumulación de procesos, la apreciación en cada uno de ellos de una situación de litisconsorcio pasivo necesario no cumplido (art. 12.2º LEC) y no la de litispendencia en el segundo que, en el caso, implica el reconocimiento de que la sentencia del primer proceso ha de producir efectos de "cosa juzgada"» (F. J. 4º).

[Ver Texto](#)

(83) En este sentido señala A. Salas Carceller, «La litispendencia y su relación con la cosa juzgada», en A. Salas Carceller (dir.), en *Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 56, que si los efectos, consecuencias y pronunciamientos del proceso tienen eficacia frente a terceros, el traslado de dicha afirmación al ámbito de la litispendencia dará lugar a que la excepción deba prosperar en el pleito posterior aun frente a quien no sea parte en el primero, con tal de que se den las demás identidades exigibles.

[Ver Texto](#)

(84) Vid.. a este respecto J. Vegas Torres, «La eficacia excluyente de la litispendencia», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0, junio 2002, p. 183.

[Ver Texto](#)

(85) Como indica M. Serra Domínguez, «Litispendencia», *Revista de Dererecho Procesal*, 1969. p. 679, si no se hallasen pendientes dos procesos, la excepción que cabría alegar sería de la cosa juzgada y no la de litispendencia.

[Ver Texto](#)

(86) Así lo dispone, entre otras, la STS 140/2012, de 13 marzo, ECLI:ES:TS:2012:2948 (F. J. 3º).

[Ver Texto](#)

(87) Vid.. V. Gimeno Sendra , *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 207.

[Ver Texto](#)

(88) En este sentido, la STS 140/2012, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:2948, establece que si la excepción de litispendencia no es alegada por las partes, «debe ser apreciada de oficio a lo largo de todo el procedimiento (SSTS 1152/2007, de 7 noviembre, 47/2006, de 24 enero 266/2006, de 22 marzo, entre otras)» (F. J. 5º).

[Ver Texto](#)

(89) La desprivatización de la litispendencia vino de la mano de la STS 25 de febrero de 1992, rec. 67/1990, que abandona la tradicional concepción de la litispendencia como excepción sólo apreciable previa oportuna alegación del demandado. En el caso de autos, el Alto Tribunal confirma las resoluciones dictadas en las dos instancias anteriores, que habían puesto fin al proceso sin entrar en el fondo de la reconvencción por estimar existente una situación de litispendencia alegada por el actor reconvenido en el trámite de conclusiones de un juicio de menor cuantía. El TS considera que la extemporaneidad de la alegación de la litispendencia no impide al juzgador tenerla en cuenta y se basa, para llegar a esta conclusión, en que la litispendencia debe ser apreciada de oficio por el juez o tribunal cualquiera que sea el momento en el que compruebe la existencia de un litigio anterior pendiente sobre el mismo asunto.

[Ver Texto](#)

(90) Así lo establece expresamente el art. 421 LEC al prever que «Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio [...], conforme a lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del art. 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento».

[Ver Texto](#)

(91) Dispone expresamente este precepto que: «Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo». El art. 443 LEC ha sido recientemente modificado por el art. único ap. 54 de la Ley 42/2015 de 5 de octubre. En vigor a partir del 7 de octubre de 2015.

[Ver Texto](#)

(92) Si en lugar de identidad, entre los procedimientos en curso existiese una conexión de pretensiones, entonces lo procedente no será plantear la excepción de litispendencia, sino suscitar el correspondiente procedimiento de acumulación de autos o procesos previsto en los arts. 74 ss. Por ello, el art. 78.1º dispone que «No procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia».

[Ver Texto](#)

(93) En este sentido señala A. Salas Carceller, «La litispendencia y su relación con la cosa juzgada», en A.

Salas Carceller (dir.), en *Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 56, que si los efectos, consecuencias y pronunciamientos del proceso tienen eficacia frente a terceros, el traslado de dicha afirmación al ámbito de la litispendencia dará lugar a que la excepción deba prosperar en el pleito posterior aun frente a quien no sea parte en el primero, con tal de que se den las demás identidades exigibles.

[Ver Texto](#)

(94) Recuérdese que, de conformidad con el art. 249.1.3º LEC: Se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía «3.º Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles».

[Ver Texto](#)

(95) A. Wach, *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. de Banhaf), vol. 2, Buenos Aires, 1977, pp. 418 a 423, entiende que estamos ante la eficacia directa de la sentencia respecto a los terceros cuando sus derechos y obligaciones dependen, para su existencia o delimitación, de la sentencia que debe ser dictada en un proceso iniciado por otras personas, toda vez que la decisión sobre el derecho afirmado por otros es al mismo tiempo decisión sobre el derecho que el tercero estima propio. La eficacia directa de la sentencia vendría a corresponderse con el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo y negativo (art. 222. 3º y 4º LEC).

[Ver Texto](#)

(96) Sobre el litisconsorcio resulta de gran interés la monografía de R. López Jiménez, *El litisconsorcio*, Valencia, Tirant lo Blach, 2009.

[Ver Texto](#)

(97) Es el caso, entre otros, J. Vegas Torres, «La eficacia excluyente de la cosa juzgada», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0, junio 2002, p. 181.

[Ver Texto](#)

(98) La declinatoria es el instrumento que permite al demandado denunciar la falta de competencia del órgano judicial, al haberse sometido la controversia a arbitraje, por lo que habrá que estar a lo dispuesto, por un lado, en los arts. 63 ss. de la LEC y, por otro, en el art. 11 LA.

[Ver Texto](#)

(99) Así lo entiende, entre otros, J. Vegas Torres, «La eficacia excluyente de la cosa juzgada», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º junio 2002, p. 181.

[Ver Texto](#)

(100) Como indica A. Romero Seguel, «La prejudicialidad en el proceso civil», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 2, 2015, pp. 453 a 482, en un análisis etimológico, la palabra prejudicial deriva de la voz latina *praejudicium*, que significa prejuicio, juicio previo o prematuro (de *prae*- «antes», *judicium* «juicio»). Por

su parte, la primera acepción que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, es la que sigue: «Que requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal».

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰¹⁾Ciertos autores han señalado que en el proceso civil no puede surgir una verdadera cuestión prejudicial civil, al considerar que cuando para resolver sobre una pretensión deba decidirse antes de modo lógico sobre otra cuestión civil, ello no planteará problemas, puesto que el tribunal civil tendrá competencia. Ha defendido que en estos casos nos encontraríamos propiamente ante una cuestión incidental, entre otros, J.L. Gómez Colomer, en J. Montero Aroca, J. y otros, *El nuevo proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blach, 2000, p. 124.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰²⁾Así se refiere a la prejudicialidad civil, por ejemplo, J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2010, p. 407.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰³⁾Así lo señala el AAP de Barcelona (Sección 15ª) n.º 84/2013, de 11 junio, ECLI:ES:APB:2013:1138ª, «En general, concurrirá el supuesto de hecho que reclama la aplicación del art. 43 LEC cuando, sin existir las identidades que requiere la cosa juzgada (art. 222 LEC), exista el riesgo de una insalvable contradicción entre las decisiones judiciales de los dos litigios, ya que el instituto de la prejudicialidad homogénea (civil) tiene como fundamento y finalidad última la necesidad de evitar que lleguen a dictarse sentencias contradictorias, de imposible coexistencia pacífica (SS TS 17 de febrero y 9 de marzo de 2000, 28 de febrero de 2002, 30 de noviembre de 2004, 20 de enero, 19 y 25 de abril, 31 de mayo, 1 de junio y 20 de diciembre de 2005, 22 de marzo de 2006, 1 de marzo de 2007...). No es estrictamente necesario, por tanto, que un litigio ejerza influencia decisoria sobre otro pero no al revés; basta con que exista una interdependencia lógica e insoslayable entre uno y otro, para así garantizar soluciones coherentes» (F. J. 1º).

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁴⁾Cf. V. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 211.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁵⁾Tal y como explica la STS 121/2011, de 25 de febrero, ECLI: ES:TS:2011:1026: «La doctrina jurisprudencial desarrollada bajo el sistema de la LEC 1881 vino admitiendo la aplicación de la litispendencia, aunque no concurriera la triple identidad propia de la cosa juzgada (SSTS 25 de julio de 2003, 31 de mayo de 2005, 22 de marzo de 2006), de la que la excepción de litispendencia es una institución preventiva o cautelar. Es la denominada litispendencia impropia o por conexión, que en realidad integra un supuesto de prejudicialidad civil. A ella se refieren las SSTS de 17 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2000, 12 de noviembre de 2001, 28 de febrero de 2002, 30 de noviembre de 2004, 1 de junio de 2005, 20 de diciembre de 2005 y 22 de marzo de 2006, en las que se declara que tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios» (F. J. 4º). *Vid.* en este sentido V. Berzosa Francos, *Demanda, y objeto del proceso*,

Córdoba, 1984, pp. 145 a 150; I. Málaga Diéguez, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 551 ss.

[Ver Texto](#)

(106)

Vid. un completo examen acerca de la prejudicialidad en el proceso civil en N. Reynal Querol, *La prejudicialidad en el Proceso Civil*, Barcelona, Barcelona, 2006.

[Ver Texto](#)

(107) El art. 43 LEC viene a desarrollar el art.10.1º LOPJ que establece que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. *Vid.* E. Carretero Morales, «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)», *Indret*, Barcelona, enero 2007, pp. 24 ss.

[Ver Texto](#)

(108) *Vid.* STS n.º 31/2011, de 15 de junio.

[Ver Texto](#)

(109) Si se diese la relación de prejudicialidad entre los dos procesos pero no existiese identidad subjetiva no podría prosperar la excepción de prejudicialidad civil, pues únicamente podrían operar los efectos reflejos de la sentencia.

[Ver Texto](#)

(110) En este sentido, la STS 266/2006, de 22 de marzo, destaca que la prejudicialidad se produce cuando lo decidido en uno de los procesos resulta antecedente lógico de la decisión de otro.

[Ver Texto](#)

(111) La diferencia entre la litispendencia y la prejudicialidad radica en que mientras la litispendencia provoca el archivo del procedimiento y puede ser apreciada de oficio, la prejudicialidad produce la suspensión del procedimiento y solo puede adoptarse a petición de parte bajo el principio de justicia rogada (en este sentido las SSTS 1152/2007, de 7 noviembre; 47/2006, de 24 enero; 266/2006, de 22 marzo, entre otras). Así lo dispone la SAP Cáceres 1ª n.º 544/2012, de 19 diciembre (F. J. 2º).

[Ver Texto](#)

(112) *Vid.* la STS 628/2010, de 13 octubre, ECLI: ES:TS:2010:5147.

[Ver Texto](#)

(113) *Vid.* F. Castedo, «Prejudicialidad civil y penal en el proceso arbitral», en F. Ruiz Ruiseño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El Arbitraje y la Buena Administración de Justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia, Tirant lo Blach, 2019, pp. 493-551.

[Ver Texto](#)

(114) F. Cerdón Moreno, «La prejudicialidad civil en el arbitraje», GA_P, Gómez Acebo & Pombo, *Análisis*, abril 2020, p. 2.

[Ver Texto](#)

(115) Para que la acumulación de procesos prospere es preciso que se cumplan una serie de presupuestos regulados en los arts. 74 a 98 LEC. El primero de ellos es que el tribunal que está conociendo del proceso más antiguo tenga jurisdicción, competencia objetiva y competencia territorial —en el caso de estar fijada por normas imperativas— para conocer de los procesos cuya acumulación se pretende. El segundo es que los procesos a acumular se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales. Además de lo anterior, es preciso que los procesos que se pretendan acumular se encuentren en primera instancia y que en ninguno de ellos haya concluido el acto de juicio. Por último, la LEC también exige como presupuesto para que prospere la acumulación, que la iniciación del proceso más moderno no se hubiera podido evitar mediante una acumulación inicial de acciones o mediante la ampliación de la demanda en el primer proceso. La finalidad de esta norma es evitar que la acumulación de procesos se utilice como arma dilatoria y para burlar las reglas de preclusión. Se presume que se pudieron promover en un mismo proceso las acciones, en vez de en varios, cuando el demandante es el mismo en los diversos procesos. En consecuencia, en estos casos no se admitirá la acumulación de procesos si es solicitada a instancia de parte (pero se supone que resultará admisible de oficio).

[Ver Texto](#)

(116) *Vid.* F. Cerdón Moreno, «La prejudicialidad civil...», *loc. cit.*, p. 5.

[Ver Texto](#)

(117) En contra de la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad civil se muestra, entre otros, E. Campo Villegas, «Alcance de la prejudicialidad civil en un laudo arbitral», *Diario La Ley*, n.º 7927, 2012, p. 3.

[Ver Texto](#)

(118) ECLI:ES:TSJM:2017:4665.

[Ver Texto](#)

(119) En este punto, nos sumamos al parecer de F. Cerdón Moreno, «La prejudicialidad civil...», *loc. cit.*, p. 5,

[Ver Texto](#)

Fundamentos filosóficos de la mediación: la justicia y la persona

Philosophical underpinnings of mediation: justice and the person

La mediación es «justicia procedimental», y se desarrolla, por quienes en ella intervienen, a partir de la creación de un ámbito relacional, la comunidad del «nosotros». Esta definición de la mediación resume dos de los fundamentos filosóficos que explican su esencia o razón de ser, el primero desde la teoría de la justicia de John Rawls y el segundo desde la filosofía personalista de Emmanuel Mounier y Karol Wojtyła. Es la razón filosófica la que nos adentra en el conocimiento ontológico de la mediación como *justicia* y como *ámbito*. La naturaleza procedimental de la mediación, con sus principios informadores, tiene carácter constitutivo para la conformidad a la justicia de aquello que configura su resultado, el acuerdo que alcanzan, en su caso, las partes. La voluntariedad con la que actúan las partes en el procedimiento de mediación, unida a su capacidad de autodeterminación, sientan las bases para crear un ámbito, entendido como realidad abierta a posibilidades de interacción, y orientado, desde el «nosotros», al entendimiento y solución del conflicto que les afecta.

Mediación, conflicto, fundamentos filosóficos, justicia, procedimiento, principios, persona, ámbito relacional, nosotros, bien común, participación, acción, autodeterminación.

Mediation is «procedural justice» developed by the community of «we», namely, those involved in the creation of a relational environment. This definition of mediation summarises two of the philosophical foundations that explain its essence or *raison d'être*, the first from John Rawls» theory of justice and the second from the personalist philosophy of Emmanuel Mounier and Karol Wojtyła. It is a philosophical approach that explores mediation as *justice* and as a *field*. The procedural nature of mediation, with its informing principles, has a constitutive character for the acceptance of justice in the agreement reached, if any, by the parties. The voluntariness with which the parties act in the mediation procedure, together with their capacity for self-determination, are the foundations for creating an environment open to possibilities of interaction, and oriented (from the «we») to the understanding and resolution of the conflict that affects them.

Mediation, conflict, philosophical foundations, justice, procedure, principles, person, relational sphere, we, common good, participation, action, self-determination.



M.ª de las Mercedes Rosa-Rodríguez

Mediadora y Árbitro, Administradora Concursal y Abogada

Profesora de Mediación y de Práctica Concursal en la UNIR

I. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE LA RAZÓN FILOSÓFICA DE LA MEDIACIÓN

La mediación es una institución milenaria que ha experimentado, a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente en algunas sociedades democráticas avanzadas, un renacimiento que se ha materializado en el denominado «movimiento de la mediación contemporánea». Este nuevo y creciente interés por la mediación nace como respuesta a la solución de las deficiencias estructurales del funcionamiento de la Administración Pública de Justicia, y a la complejidad de los problemas que caracterizan a las sociedades modernas.

El desarrollo de la mediación como una realidad emergente, de profunda trascendencia social y jurídica, surge de la necesidad de mejorar el acceso a la justicia (1). En efecto, en el mundo jurídico se está viviendo un auténtico *boom* de la mediación, considerándola en el centro de gran parte de las soluciones propuestas a los denominados males estructurales de la jurisdicción. Se presenta como un mecanismo idóneo para alcanzar el objetivo de la desjudicialización de los innumerables conflictos (2). Carlos Lesmes Serrano, Presidente del Tribunal Supremo de España y del Consejo General del Poder Judicial, defiende la mediación como un «elemento clave para la modernización de la justicia», en tanto que contribuye a dar respuesta a una de las demandas de la ciudadanía, la solución de sus conflictos (3).

El Consejo de Europa, desde finales del siglo pasado, viene instando a los Estados miembros para que reflexionen sobre la verdadera eficacia de la justicia, apremiándolos a examinar sus sistemas nacionales bajo el prisma de lo que significa esa eficacia y su satisfacción para el ciudadano. Entre las medidas adoptadas por el Consejo de Europa para la mejora del sistema de justicia, en los distintos ámbitos jurisdiccionales, figura la mediación, como mecanismo de resolución de conflictos (4). Así, en el año 2002 la Comisión Europea elaboró el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, dejando en ese momento constancia del interés renovado, durante más de dos décadas en los Estados miembros, hacia este tipo de métodos de apaciguamiento de conflictos, más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro, como una modalidad de justicia privada.

Por tanto, las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales son dos factores clave para entender el despunte actual de la institución de la mediación. Una de las razones más utilizadas para justificar el avance de la mediación en las últimas décadas es de tipo práctico y coyuntural. En los foros vinculados a la Administración de Justicia, se considera la mediación, como una modalidad alternativa y complementaria de solución de conflictos, válida y adecuada para afrontar las múltiples dificultades de acceso a la justicia que sigue experimentando la ciudadanía en la actualidad, provenientes, entre otros factores, de la proliferación de litigios en los tribunales, el alargamiento en el tiempo de los procedimientos judiciales, el aumento de los gastos que conllevan, además de la cantidad, complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos (5).

Las diferentes definiciones que existen sobre el término «mediación» la describen efectivamente como un método alternativo o complementario de resolución de conflictos, agrupándola junto a los demás medios auxiliares que mejoran el funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin

embargo, conforme aumenta el conocimiento de la institución de la mediación, y crece —aunque sea muy lentamente— su implementación en la sociedad, es necesario reivindicar su valor por lo que es en sí misma, una forma de hacer justicia, distinta a la vía judicial o arbitral.

Transcurridos veinte años desde la publicación del *Libro Verde* sorprende que no se hayan explorado en profundidad otras razones distintas, más allá de las coyunturales y de utilidad en el ámbito de la Administración de Justicia, que deberían ser evaluadas para priorizar la relevancia y desarrollo de la mediación. Más concretamente, se echa en falta encontrar una razón que impulse a recurrir a la mediación por lo es en esencia, por sí misma, más allá de su carácter alternativo o complementario en referencia a algo distinto a ella misma; un motivo diferente a aquellos que persiguen, con su empleo, subsanar la ineficiencia del sistema de la Administración de Justicia de un determinado país. ¿Cuál puede ser entonces esa razón que nos permite cuestionar «qué es» la mediación? La pregunta debemos abordarla desde la filosofía, definida como reflexión por Robert Alexy «porque es el razonamiento acerca del razonamiento» (6).

El objetivo del presente estudio es adentrarnos en conocer la esencia de la mediación porque ella nos ayudará a decir de la mediación aquello que «es siempre lo que es», lo equivale a afirmar, según explica José Ortega y Gasset, lo independiente de las variaciones temporales, su invulnerabilidad. En una palabra este modo de conocer filosófico implica no contentarse con las cosas según se nos presentan, sino buscar tras ellas su «ser» (7). Por tanto la filosofía es la única disciplina que puede desvelarnos, no ya el sentido de la mediación, sino su misma existencia o razón ontológica. En esta misma línea Helena Nadal coincide en advertir que, si se pretende buscar el sentido de la mediación en el ámbito del derecho, es necesario ir más allá, para poder encontrarlo en los planteamientos éticos e incluso filosóficos, que son los que inspiran a sus teóricos (8).

1. La justicia como razón iusfilosófica de la mediación: el nuevo paradigma de justicia del siglo XXI

Warren Burger, que fue presidente del Tribunal de Justicia de Estados Unidos, en su conocido discurso «¿No hay una manera mejor?», sobre el Informe anual del estado del Poder Judicial, pronunciado en la reunión de la ABA del 24 de enero de 1982 en Chicago, comenzó relacionando la profesión de abogado con la justicia; la obligación que comporta la profesión de abogado, decía, es la de servir como «sanadores» de los conflictos humanos, y su cumplimiento significa el deber de proporcionar los mecanismos que puedan producir un resultado aceptable en el menor tiempo y gasto posible, y con un mínimo de estrés en los participantes. La ley, comentaba, es una herramienta, no un fin en sí mismo, y como cualquier otra herramienta, determinados mecanismos judiciales, procedimientos o reglas pueden quedar obsoletos; así como la sierra de mano del carpintero fue reemplazada por la sierra eléctrica, debemos estar atentos a la necesidad de mejora para servir a nuestros propósitos. «De eso trata la justicia», apostilló Warren Burger (9).

A nivel de la UE también se ha asentado una idea de justicia más amplia que la procesal, que se centra en la satisfacción de los ciudadanos y en la calidad de las soluciones que se les ofrecen, así como en la necesidad de promover una resolución ágil y eficaz de los conflictos que favorezca el mercado común (10). Sin embargo existe una cierta reticencia a consolidar esta tendencia preguntándose Nancy Welsh por qué parece tan difícil hablar de justicia dentro del campo de la

solución de conflictos (11) .

Es significativo resaltar que los distintos procedimientos alternativos de resolución de litigios no sustituyen, en ningún caso, a los medios tradicionales de resolución de controversias, sino que, más bien, se complementan; todos ellos persiguen una misma finalidad común: permitir a las partes que puedan resolver de forma amistosa sus diferencias, antes de recurrir a la jurisdicción estatal (12) . Entre los beneficios que obtienen las partes de la mediación, se encuentran el mayor sentido de equidad y justicia procesal, la capacidad de crear soluciones creativas, y un poco estudiado concepto, pero relevante, de lo que significa mayor acceso a la justicia para una variedad de tipos de casos. La mediación también puede mejorar la experiencia del litigante en el sistema de justicia como satisfactoria y justa (13) .

«Los procesos ADR representan un paradigma diferente de justicia», comenta Caroline Crowne, a quien le parece complicado abordar la problemática de la justicia porque las referencias a las nociones de justicia están conectadas inextricablemente con los principios y procedimientos de los fallos judiciales. Los dos paradigmas, judicial y ADR parecen ser distintos. Así, mientras que los juicios sirven principalmente al interés público (el paradigma del «servicio público»), las ADR lo hacen a favor de los intereses de los contendientes (el paradigma del «servicio al cliente»). Para Caroline Crowne, priorizar los intereses de los contendientes sobre los intereses públicos en las ADR puede causar preocupación si los beneficios que estas proporcionan lo son a costa de la justicia. Un primer paso necesario para analizar si los beneficios de la priorización de los intereses del cliente, en las ADR, se consigue o no a costa de la justicia consiste en definir la justicia. Y aquí nos encontramos que la mayoría de las definiciones de justicia se refieren a la ley y, por lo tanto, al paradigma de los fallos judiciales, por lo que desde esta óptica, las ADR podrían parecer incapaces de servir a la justicia (14) . Efectivamente, si partimos del sentido general, la «justicia» transmite la idea de equidad, rectitud y validez, pero más estrechamente, refiere un resultado de conformidad con la autoridad o la administración de la ley (15) .

Para Lisa Bingham la justicia que producen los sistemas de controversias varía dependiendo de quién esté ejerciendo el control sobre su diseño, y son tres las preguntas clave a tener en consideración: (i) quién está diseñando el sistema; (ii) cuáles son sus metas; y (iii) cómo ha ejercido su poder. Por ejemplo, históricamente, el sistema público de justicia civil es producto del diseño de un tercero, el Poder Judicial que interviene en beneficio de los contendientes. En cambio, los sistemas de justicia privada surgen cuando ambas o todas las partes han negociado el sistema de controversias en sus contratos, como sucede por ejemplo en relaciones laborales o contratos comerciales (16) .

Es crucial promover que el significado de la justicia no se agota con el concepto de «justicia legal» (17) . El examen cuidadoso de lo que significa la «justicia» en la práctica, en cada caso concreto, demuestra que las ADR pueden ser tan justas como la vía de obtenerla mediante sentencias, y que su integración en el sistema judicial no se realiza en aras de sacrificarla (18) . De esta manera, un concepto de justicia amplia e integral se va consolidando como resultado de la preocupación por un enfoque de acceso a la justicia que trasluce el interés de los sistemas jurídicos por atender las

necesidades de quienes cuentan con más dificultades para reivindicar sus derechos, y de la preocupación por facilitar los mecanismos que puedan materializarlos; se propone un concepto de justicia integral a partir de la evolución del concepto de «acceso a la justicia», teniendo en cuenta los distintos aspectos de la misma: distributivo, retributivo y restaurativo (19).

Cuando surge un conflicto, lo que esencialmente cuestionan los ciudadanos son unos intereses individuales o personales, comenta Silvia Barona Vilar, que admiten diversos planteamientos, y frente a los cuales el ordenamiento jurídico necesariamente debe ofrecer una cobertura jurídica. La pretensión que alberga el Estado, con su propósito de asegurar el «acceso a la justicia» es garantizar una cobertura jurídica, entendida, no como la necesidad de acudir a los tribunales para conseguir protección, sino como la disponibilidad de los medios adecuados para obtener las respuestas idóneas para cada determinada situación (20).

Pompeu Casanovas ha expuesto su preocupación por la falta de fundamento existente, dentro de la teoría del Estado de derecho, de un tipo de justicia que proviene de la base, y que él mismo ha denominado «justicia relacional». Esta modalidad de justicia no se imparte para aplicar una ley por parte de los órganos estatales competentes, como son los tribunales de justicia, sino que «se estructura a partir de la autorregulación de patrones o pautas sociales que actúan y se generan de abajo arriba para dar solución a problemas sociales o políticos». Este tipo de justicia, la «justicia relacional», se aplica a múltiples situaciones como son: (i) la justicia de transición en situaciones posbélicas (ii) en Estados fracasados o destruidos (iii) la justicia para las víctimas en situaciones colectivas de genocidio o violencia masiva (iv) la justicia en casos de mediación penal víctima-agresor (*Victim-Offender Mediation, VOM*). De igual manera, Pompeu Casanovas proyecta este tipo de «justicia relacional» a los casos de justicia reparadora en ámbitos más próximos o cotidianos para el ciudadano, como son los conflictos entre vecinos, medioambientales, disputas familiares, porque en ellos subyace la dimensión relacional que las leyes no dirimen y «para cuya conceptualización la ciencia política y la teoría del derecho aún no disponen de un lenguaje común» (21).

Si nos aproximamos al ámbito de la jurisdicción penal, resulta llamativo cómo a la mediación se la denomina sin ambages y abiertamente, «justicia restaurativa», y esto se debe a consecuencia de un cambio de paradigma en la forma de abordar los conflictos penales. La «justicia restaurativa» emplea la herramienta del diálogo para conseguir la pacificación del conflicto teniendo en cuenta las necesidades de la víctima, del infractor, y de la sociedad en su conjunto. Esta «justicia restaurativa» proporciona un espacio de seguridad y protagonismo a la víctima, evitando con ello que sea sometida a la victimización secundaria que sucede durante el proceso penal (22).

2. La persona como razón filosófica de la mediación: las claves de la filosofía personalista

Santiago Madrid se pregunta cuál es la razón de ser de la mediación, —dicho de otro modo, por qué acudir a esta institución—, y apunta, con acierto, que la explicación podría ser la promoción del papel activo de los ciudadanos en la resolución de sus propios conflictos. En efecto, como apunta este autor, en un proceso de mediación, las personas pasan de ser meros receptores de la seguridad y libertades que el Estado les proporciona, a intervenir con una mayor vinculación y cooperación (23).

Floyd Weatherspoon plantea la cuestión de si el reclamante en un proceso ADR puede negociar (a menudo sin asistencia legal) una solución justa y equitativa (24) . La justicia a la que se refiere la mediación es aquella que las propias partes experimentan, articulan y encarnan en su propia resolución de la controversia. Sin embargo, las partes que acuden a la mediación y resuelven sus disputas sobre la base de su ética, cultura, sentido de la moralidad, justicia personal y similares, deberían, al no fundamentarse en la ley, en opinión de James Coben y Penelope Harley, ser informadas previamente sobre el ejercicio de autodeterminación que ejercitan en mediación. Un objetivo fundamental del movimiento ADR, por tanto, ha sido empoderar a las personas y proporcionarles una mayor autodeterminación sobre la resolución de sus conflictos legales (25) .

La persona se sitúa en el centro de la mediación y adquiere todo su protagonismo del carácter voluntario y cooperativo con el que las partes intervienen en su procedimiento

Luis A. González Martín puntualiza que, en la mediación, las partes son los jueces de sus propias decisiones, y el acuerdo que logran pactar por sí mismas, en su caso, lo ha denominado «solución judicial». En la medida en que son las propias partes quienes consiguen poner fin al proceso con la ayuda del mediador, estas se convierten en sus propios jueces y, más que una decisión judicial, se está en presencia de una «solución judicial». El carácter judicial proviene, en el caso de una mediación intrajudicial, de la homologación judicial del acuerdo que las partes logran alcanzar en el curso de procedimiento judicial ya comenzado, y si se trata de una mediación extrajudicial, el acuerdo tiene efecto de cosa juzgada y puede instarse su ejecución forzosa tras elevarlo a público mediante la formalización de una escritura notarial (26) .

La persona se sitúa en el centro de la mediación y adquiere todo su protagonismo del carácter voluntario y cooperativo con el que las partes intervienen en su procedimiento, siendo solo ellas, con la ayuda del mediador y sus posibles asesores, quienes idearán, con creatividad, su propia solución al conflicto. Por tanto se propone a la persona, considerada como un «ser abierto, dotado de poder de iniciativa, de asumir posibilidades y realizarlas» (27) , como fundamento o razón de ser de la mediación, que explica entre otros, el motivo por el que dos partes, diametralmente enfrentadas y distanciadas en su relación, deciden solucionar por ellas mismas sus diferencias de forma consensuada.

Para fundamentar la mediación en la persona recurrimos a la filosofía personalista que la afirma como el elemento clave en la realidad, el logro más alto del universo, siendo, en cierto modo, un absoluto (28) . El personalismo, apunta Juan Manuel Burgos, se caracteriza principalmente por colocar a la persona en el centro de su estructura conceptual y de su reflexión (29) . Esta filosofía reivindica la relevancia del «yo» singular e irreductible de cada persona, del *quién personal* en lo que se ha denominado el giro personalista, que puede definirse como el paso en filosofía del qué al *quién* (30) . En esta misma línea, Jaime Vilarroig aclara que el sentido de la filosofía personalista es

mostrar que la persona es el sentido de todo, el llamado *protosentido*. En consecuencia, lo que nos viene a recordar el personalismo es que las cosas, ideas y filosofías, y en nuestro caso la mediación, tendrán sentido en la medida en que tengan relación con la persona, su sentido originario (31). Los dos representantes de la filosofía personalista que nos proporcionan, en este estudio, soporte para darle una razón personalista a la mediación son Emmanuel Mounier y Karol Wojtyła.

La posición que Emmanuel Mounier reivindica con el personalismo se centra en torno a la dimensión que caracteriza y da sentido a la persona humana: la *libertad*, concebida no como libertad de abstención sino como libertad de compromiso (32). Para Mounier la *persona* no es un objeto, ni siquiera el más maravilloso del mundo que, como los otros objetos, se puede conocer desde fuera, «es, incluso lo que en cada hombre, no puede ser tratado como objeto». A partir de la *persona* Emmanuel Mounier reivindica la *comunidad*, otro valor tan fundamental, entendida como una integración de personas para la salvaguardia de la vocación de cada una de ellas. A juicio de Mounier, existe una contraposición entre dos realidades: «*el mundo del se vs. del nosotros*». Por una parte, el llamado «mundo del se» se refiere al dejar hacer y a la indiferencia, careciendo las personas de una voluntad común. Frente al «mundo del se» emerge en paralelo el «mundo del nosotros», como el primer nivel de *comunidad* que crea referencias, entusiasmos, ideales definidos, tiene fronteras y se entrega por una abnegación consentida y a veces heroica a la causa común. En esta dimensión del «mundo del nosotros», la persona sale del anonimato del «mundo del se», al que se ha abandonado progresivamente, y en la comunicación de unos con los otros dejan ya de existir los unos frente a los otros, no son prójimos sino semejantes. El *nosotros* es pues a la comunidad lo que el «yo» es a la *persona* (33).

En una contienda judicial, las partes se sitúan irremediabilmente en el «mundo del se» descrito por Mounier, cada una de ellas representa para la otra alguien al que hay que abatir, consiguiendo de un tercero, el juez, una sentencia favorable a sus pretensiones e intereses legítimos que le posiciona como vencedora. Con acierto comienza el magistrado José Pascual Ortuño su libro «Justicia sin jueces» que el hecho de interponer una demanda en un juzgado equivale a una declaración formal de guerra (34).

Para Karol Wojtyła, principal representante polaco de la filosofía personalista, el hombre es persona, un «quien» que posee una estructura de autodeterminación que se hace efectiva en la acción. Solo es posible, según este autor, descubrir a la persona a través del análisis de su acción (35). Una de las grandes aportaciones de *Persona y Acción* de Wojtyła es el concepto de libertad, entendida en clave de autodeterminación. La persona es libre no solo porque puede elegir sino porque es dueña de sí, se autoposee y por tanto puede autodeterminarse. La libertad se manifiesta a cada persona del modo más claro posible en la vivencia que se resume de la siguiente manera: «puedo pero no tengo que». Lo radical de la libertad no es el poder de elección, sino la capacidad de la persona de decidir acerca de sí misma y de su propio destino (36). La libertad se identifica con la autodeterminación, como realidad experimental, unida a otra propiedad de la persona, la voluntad, al concreto «yo quiero». Esta autodeterminación aporta, ante todo, la preeminencia del propio «yo». La libertad participa de la operatividad de la persona, y se integra en su dinamismo, cuya característica principal es la trascendencia, ese ir más allá del propio «yo». De esta manera, mediante la autodeterminación

se explica la trascendencia de la persona en la acción, entendida como característica de su dinamismo (37).

Este autor, Wojtyla, distingue dos tipos de intersubjetividad propias de la persona que habrá que tener en consideración cuando las partes intervengan en un procedimiento de mediación. Por un lado, existe la relación «yo-tú», una dimensión interpersonal donde el «tú» no es solo la expresión de una separación, sino también la expresión de una unidad. El «tú» es otro «yo» distinto a uno mismo. Cuando el «yo» piensa y dice «tú», expresa a la vez una relación que se proyecta fuera de él mismo, y al mismo tiempo retorna también al «yo». Y, por otro lado, está presente la relación «nosotros», como dimensión social, que se refiere a una multiplicidad compuesta de personas, que expresa una relación accidental para cada uno de sus miembros, y ofrece una base de juicio para todos ellos, al poner de manifiesto que existen y obran en común. La dimensión del «nosotros» contiene el verdadero sentido de la intersubjetividad, aunque a la misma se llega desde la dimensión interpersonal. El «nosotros» como comunidad social se constituye en referencia al bien común y está orientado a la trascendencia de la persona.

II. LA MEDIACIÓN Y LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL DE JOHN RAWLS

1. La naturaleza procedimental de la mediación

A) Aspectos adjetivos de la mediación: ¿proceso o procedimiento de mediación?

Para Folberg y Taylor, la mediación es «por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver» (38). La mediación no es un suceso, afirma Whalting, sino «un proceso en el que una persona imparcial ayuda a aquellos que están envueltos en un conflicto, a comunicarse de forma efectiva y a alcanzar soluciones consensuadas acerca de alguno o todos los asuntos en disputa» (39). Es un proceso fundamentalmente enfocado al futuro, donde la solución elegida, con la ayuda del mediador, deberá satisfacer a todos los participantes en la disputa; el proceso de mediación es la conducción de las negociaciones sobre la solución o combinación de soluciones aceptables para todos, y el mediador es el director de las negociaciones (40). La mediación es la «ciencia del proceso, y no del estado, de la transformación, y no del ser» (41). Leonard Riskin define la mediación como «un proceso en el que una tercera parte imparcial, sin autoridad para imponer una solución, ayuda a otros a resolver una disputa o planificar una transacción» (42).

Sin embargo conviene puntualizar que «todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento» (43). Si bien ambos términos, «proceso» y «procedimiento», tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, hace referencia a la forma, a la sucesión de actos. En la literatura científica y en la jurisprudencia, la mediación es calificada como un procedimiento, en contraposición al proceso, y en ocasiones ambos términos se utilizan indistintamente (44). Para diferenciar lo que es proceso de lo que no lo es, se precisa, según Susana Barona, partir de una adecuada delimitación conceptual; técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación, y no de proceso, porque para que este exista es necesaria la presencia de la función heterocompositiva. En la mediación, esta función que permite diferenciar o utilizar el instrumento procesal no se da, lo que permite conceptualarla como «una sucesión de

actuaciones que reviste la forma de procedimiento» (45) .

Si bien en la doctrina, en textos legislativos y hasta en la jurisprudencia la mediación se encuentra referenciada como proceso, algunos autores, como Cátia Marqués convienen en no atribuirle este vocablo para no generar ninguna confusión con el ámbito jurisdiccional. La mediación debería ser considerada como procedimiento, entendido como una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, con vistas a un fin; sin embargo, el carácter informal y flexible excluye *ab initio* cualquier definición de un procedimiento previo y predeterminado. Por eso hay quien prefiere concebir la mediación como un método (46) . Vargas Gómez coincide con esta percepción de la mediación como método, pues permite distinguirla más claramente del proceso (judicial) y del procedimiento (propio del derecho administrativo), y la sitúa como un *tertium genus* dotado de autonomía con regulación jurídica propia (47) .

La mediación, desde la perspectiva del conflicto, es un proceso dinámico, y desde la perspectiva jurídica, es un procedimiento estructurado

Sin embargo, considero que la mediación participa de ambos vocablos es proceso y procedimiento a la vez. Estos dos conceptos no son intercambiables, pero en la mediación, con frecuencia se emplean de forma indistinta. La mediación, desde la perspectiva del conflicto, es un *proceso dinámico*, y desde la perspectiva jurídica, es un *procedimiento estructurado*. Al hablar de mediación conviene referirse a ella como un proceso que formalmente se desarrolla mediante un determinado procedimiento legal. En consecuencia la mediación tiene naturaleza adjetiva, procedimental, es y se constituye como proceso (no judicial). Como procedimiento tiene su entidad justificada desde la premisa de resultar necesario el establecimiento de unas garantías mínimas «de proceder» para asegurar que se respetan y cumplen los principios que fundamentan la mediación, y para que los efectos del acuerdo al que lleguen las partes, despliegue toda su eficacia jurídica. Para Esther Vilalta, la mediación, en cuanto norma de actuación, materializada en secuencias o fases, con sus principios inspiradores, garante del cometido de su finalidad, es a lo que ella llama «procedimiento». En este sentido, la mediación resulta efectiva cuando cuenta con una normativa de mínimos que ofrece un marco de confianza y certeza tanto de los procesos como de los resultados (48) .

El procedimiento de la mediación es clave para el entendimiento y eficacia jurídica de esta institución, de ahí que se pueda afirmar su naturaleza procedimental. Existe unanimidad en aceptar que no se puede acometer una mediación sin que el mediador tenga predefinido un procedimiento; el procedimiento es un elemento clave para el éxito de la mediación, que dependerá en gran medida del mismo (49) . La Directiva de Mediación 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, en su artículo 3 define la mediación como *procedimiento estructurado*, con independencia de cuál sea el nombre o denominación (proceso, método, intervención, etc.) con el que se la refiera. Un procedimiento donde las partes en litigio «intentan» voluntariamente alcanzar

un acuerdo con la ayuda del mediador. En mediación, el uso del término «procedimiento» proporciona dos indicadores: que existe algún tipo de estructura, y que permite situar la mediación entre las otras figuras procedimentales dirigidas a la solución de conflictos. La configuración jurídica de la figura de la mediación, en tanto institución, trata de fijar el núcleo, el espacio que todo el mundo identifica y denomina «mediación», y no otra figura (50). La elección de este adjetivo «estructurado» y su inclusión final en el art. 3 son muy reveladores, pues pretenden resaltar que no toda intervención mediadora posee relevancia jurídica, sino tan solo aquella que responde a una predeterminación metodológica, sin que esta estructura del procedimiento disminuya en nada la flexibilidad que la caracteriza; las partes siguen siendo soberanas para pactar con el mediador cómo se va a desarrollar la mediación (51).

A veces los mediadores, focalizados en impulsar y llevar a buen puerto el proceso de mediación, no le dan la importancia requerida al procedimiento y a sus formalidades. Este procedimiento de la mediación tiene entidad por sí mismo, y, si bien puede estar conectado intrajudicialmente con los tribunales de justicia, también puede iniciarse de forma extrajudicial; es un procedimiento de gestión y negociación autónomo, que debe entenderse como derecho fundamental de los ciudadanos a una resolución del conflicto desde la autocomposición (52). La característica fundamental de la mediación y, por tanto, del procedimiento previsto para desarrollarla debe ser la flexibilidad (53). La estructura del procedimiento se logra a través de una serie de fases o etapas generales que se siguen, con mayor o menor rigidez, en un orden preestablecido desde el comienzo de la mediación hasta su fin (54). Algunas de estas fases del procedimiento son comunes a la mayoría de ellos: la designación de la persona mediadora, la sesión informativa y constitutiva, las actas inicial y final (55). Como consecuencia del anclaje de la institución en la voluntad de las partes, las normativas nacionales mantienen habitualmente una actitud muy flexible en relación a la institución de la mediación y al diseño de su procedimiento; el legislador nacional, en la mayoría de los casos, se limita a incluir solo algunas reglas muy básicas o principios generales relativos al procedimiento; se asume que esta cuestión, por lo general, es algo que deben concretar las partes, de forma directa o indirecta, atendida la naturaleza voluntaria de la mediación (56).

B) Los principios del procedimiento de la mediación son garantía de buena justicia

La definición jurídica de la mediación y la concreción de las finalidades que persigue requieren el estudio de los principios regidores de su procedimiento que permiten de este modo identificarla (57). Los principios deontológicos de la mediación constituyen su eje y esencia, manteniéndola como una estructura inalterable sobre la que construir el proceso y los acuerdos; existe un amplio consenso, tanto en la doctrina como en los códigos deontológicos de las disciplinas de origen, acerca de cuáles deben ser los puntos cardinales de la mediación (58). Los principios y límites de la mediación le proporcionan una identidad propia, al tiempo que preservan su integridad como una garantía para los usuarios (59). La esencia de la mediación la constituyen los principios, que son los elementos que determinan el modo en el que se configura la institución: «son el eje en torno al cual gira la mediación, manteniéndose como estructura inalterable sobre la que construir el proceso en el que se desarrolla y los contratos que las partes suscriben en él» (60).

A partir de estos principios-base que conforman la mediación, se puede deslindar lo que se

constituye como accidental de lo esencial de esta institución, propiciando con ello que todo lo que quede bajo este paraguas jurídico, es decir, una multiplicidad de formas, modalidades y plazos en su configuración, sean perfectamente admisibles al respetar esos pilares fundamentales que la conforman (61). Helena Nadal comenta que estos principios o parámetros regulan la práctica profesional, y afectan a la conducta del mediador, a la de las partes implicadas o a la de ambos, pero son asumidos de forma irregular. Respecto al ejercicio profesional, los mediadores discrepan sobre la pertinencia o no de algunos de ellos, y en el ámbito jurídico se concretan de forma diversa, dependiendo de la demarcación territorial y del ámbito de aplicación (62). Para Leticia García Villaluenga la mediación posee unas características particulares que determinan su esencia y le confieren una naturaleza jurídica propia. Estas notas propias son su carácter voluntario, no adversarial y autocompositivo, que confiere a las partes todo el poder de decisión, y donde la intervención neutral e imparcial del mediador es fundamental al ayudar a las partes a aproximar sus intereses. Los principios de la mediación, entre ellos los de imparcialidad y neutralidad, perfilan el contorno de esta institución (63).

Una vez que hemos confirmado la naturaleza procedimental de la mediación, en el siguiente punto de este estudio proponemos definirla como una justicia procedimental en los términos formulados por John Rawls.

2. Justicia procedimental en John Rawls

A) *Los principios de lo justo y el método del «equilibrio reflexivo»*

La justicia no es simplemente un valor destacable entre otros, que pueda ponderarse según lo requiera una situación, sino que se constituye en el medio para evaluar y sopesar valores. En este sentido se puede afirmar que es el valor de los valores, que no está sujeto al mismo tipo de compensaciones que los valores que regula (64). No se puede reducir la justicia a la Administración de la Justicia contenciosa, ni los cuerpos judiciales o la abogacía tienen su monopolio, sino que pertenece a toda la sociedad civil. Se puede definir la justicia como «todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa» tal y como recoge el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, actualmente en tramitación.

El filósofo Tom Campell suscribe que la mayoría de los teóricos y teorías liberales contemporáneas sobre la justicia se centran más en preguntar sobre qué es lo justo, y cuáles son los criterios adecuados para determinar si algo es o no justo, y menos en indagar sobre el concepto de justicia. Priorizan en su estudio una cuestión sustantiva, determinar cuáles son los principios de los que participa la justicia, proponiendo fórmulas donde incluyen distintos elementos puestos en relación, como el debate, el consentimiento, la información y la imparcialidad (65). Para John Rawls, «la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento» (66). Las cuestiones de justicia surgen cuando existen varias partes diferentes, bien sean individuos, asociaciones o naciones, que insisten en hacer valer sus pretensiones y donde cada una se considera representante de intereses que merecen ser tomados en consideración. Lo que da origen a la cuestión de la justicia es la existencia de personas mutuamente interesadas que hacen valer sus pretensiones enfrentadas, entre las cuales hay que encontrar una ponderación o equilibrio

equitativo. Por eso la justicia es «la virtud de las prácticas en las que se presupone que existen intereses rivales y pretensiones conflictivas y que las personas van a insistir en sus derechos frente a otras» (67).

John Rawls se propuso construir una concepción sustantiva de la justicia (68), y para ello combina una sofisticada metodología con una visión sustantiva sobre lo que es justo (69). Su obra *Una teoría de la justicia* no trata de los principios de lo justo, explica Michael Sandel, sino de la naturaleza de la justicia misma, de su primacía, como criterio por el cual se reconcilian los valores en conflicto y se acomodan las concepciones contradictorias del bien, aunque no siempre se resuelvan (70). Aplica el término «justicia» tanto al contenido de su concepción como a su método para alcanzarla (71). La teoría de John Rawls intenta llevar a un nivel más alto de abstracción la teoría tradicional del contrato social formulada por Locke, Rousseau y Kant, sin que se ocupe, como las teorías clásicas, en estudiar cómo se originó la sociedad o se formó el gobierno, sino que busca indagar cómo, en el estado natural, personas libres y racionales habrían aceptado una serie de principios de justicia, lo que él denomina «justicia como imparcialidad» (72). El objeto del contrato, en la teoría de John Rawls, no es como en Rousseau y Kant el establecimiento del Estado, sino la estipulación de ciertos principios de justicia que servirán para evaluar las instituciones fundamentales de una sociedad (73). El filósofo estadounidense propone un modelo de toma de decisiones con el objetivo de institucionalizar un consentimiento informado e imparcial, y obtener de su aplicación unos principios firmes y aceptables de justicia. Se observa en su teoría una metodología procedimental, contractualista, y una visión sustantiva de la justicia, de los principios de justicia. La idea del contrato social ofrece la posibilidad de conciliar intereses y valores que se presentan como contrapuestos y aparentemente incompatibles entre sí, mediante un solo proceso comprometido y conocido de decisión. Su reformulación se opone al utilitarismo instalado en los años setenta en la filosofía política (74).

John Rawls argumenta en su obra *Una teoría de la justicia* que los principios fiables de la justicia surgirán como resultado de un acuerdo original producido en una situación inicial debidamente definida. La idea de un contrato social no es nueva, pero la situación inicial ideal que diseña Rawls y sus implicaciones convierte su trabajo en algo genuinamente único. Los individuos racionales que pertenecen a la sociedad, en la doctrina del contrato social, deben escoger juntos, en un solo acto conjunto, lo que entre ellos ha de contar como justo o injusto; son ellos quienes tendrán que decidir, de una vez por todas, cuál ha de ser su concepto de justicia. El objeto de la doctrina del contrato social es explicar la justicia a través de la presunción de que sus principios se alcanzan mediante el acuerdo suscrito por individuos racionales, libres e independientes, en una situación original de igualdad, lo que refleja la integridad e igualdad soberana de quienes forman parte del mismo (75).

La justicia se refiere a los principios de convivencia cívica justa elegidos por aquellos que estarán sujetos a estos principios en una situación de elección que es en sí misma justa (76). Los principios de la justicia son los que las personas libres y racionales que velan por sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de la sociedad. Estos principios de justicia social son el objeto del acuerdo original y regularán también los acuerdos posteriores. Son elegidos tras un velo de ignorancia, que asegura que las distintas

situaciones del destino natural de las personas, o de sus circunstancias sociales, no darán a las personas ventajas o desventajas al escoger estos principios. Los principios de justicia son el resultado de un acuerdo justo logrado como consecuencia de la posición original (posición original de igualdad que corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social), y la simetría de las relaciones entre las partes. Es la justicia entendida como imparcialidad. El nombre de «justicia como imparcialidad transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa» (77) .

Estos principios de justicia, según los concibe Rawls, son aquellos que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y que definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social. Rawls solo se ocupará de los principios de justicia que deben regir en una sociedad bien ordenada, es decir, una sociedad destinada al progreso del bien entre sus miembros, donde todos aceptan y saben que los demás aceptan a su vez esos mismos principios de justicia y que sus instituciones básicas se ajustan a tales principios (78) .

El filósofo Samuel Freeman, afirma cómo el propósito que guía la obra de Rawls es justificar las instituciones primarias de una sociedad liberal y democrática en términos de una concepción de la justicia que los mismos miembros de una sociedad democrática puedan aceptar, en la que confiar para deliberar asuntos y para justificarse entre sí en las instituciones y leyes básicas que gobiernan aquella sociedad. Los argumentos principales del nuevo contrato social planteado por Rawls son, en primer lugar, la imparcialidad del acuerdo sobre principios de justicia alcanzado desde el «velo de la ignorancia», que oculta a las partes el conocimiento de todos los hechos particulares acerca de sí mismos y de su sociedad, y que les conduce a esa decisión imparcial; y, en segundo lugar, que los ciudadanos libres e iguales, situados en una «sociedad bien ordenada», se encuentran moralmente motivados por su sentido de justicia, pueden aceptar y estar de acuerdo en los mismos principios de justicia (79) .

La esencia de la teoría de la justicia de Rawls se puede resumir a grandes trazos en la descripción de la posición originaria y los principios de justicia resultantes de la misma. Estas convicciones meditadas de justicia, coincidentes con los principios que componen la «posición originaria», constituyen el ideal liberal de justicia. La novedad que supuso inicialmente la teoría de la justicia de Rawls como una forma de conocimiento sobre lo que es objetivamente justo o está objetivamente justificado, y el entusiasmo con el que fue recibida, encontraron serias críticas al cuestionar tanto la forma imprecisa con la que es descrita la posición originaria, como la fiabilidad de las intuiciones morales que sirven de dato de partida para trabajar la corrección moral. La cuestión de la justificación es resuelta por John Rawls elaborando un problema de deliberación que consiste en averiguar qué principios resultaría racional adoptar dada la situación contractual. De este modo conecta la teoría de la justicia con la teoría de la elección racional. La justificación se la proporciona el método del «equilibrio reflexivo» que presupone una idea de «juicios considerados» y de «convicciones morales consideradas». El objetivo inicial de su obra *Una teoría de la justicia* es encontrar una concepción de la justicia que se ajuste del mejor modo posible a la consideración de nuestras convicciones morales. Este ajustarse de la mejor manera no tiene que ver con un ejercicio intuitivo, con sentirse cómodos con los juicios propios, sino que tiene su explicación en el

constructivismo de Rawls y en la posición original (80) .

Los principios de justicia de Rawls y su justificación contractualista se fundamentan en la idea del «equilibrio reflexivo», que le sirve de justificación moral, y presupone poner en relación ideas de juicios y de convicciones. Los juicios son juicios morales en los que cada parte tiene puesta su confianza, y las convicciones son puntos fijos provisionales que deberían satisfacer cualquier concepción de justicia, y compatibles con los principios de justicia. Este método del «equilibrio reflexivo» utilizado por John Rawls funciona como punto de partida, y de forma provisional, para distinguir cuáles son los criterios morales que cada parte defiende, y averiguar a continuación de forma retrospectiva cuáles son los principios que los justificarían.

Este tipo de justificación, para John Rawls, constituye el problema del apoyo recíproco de muchas consideraciones, de todo lo que admite una interpretación coherente, y se fundamenta «en la concepción total y en la forma en que esta se ajusta y organiza nuestros juicios en un equilibrio reflexivo». John Rawls cree en la objetividad de los juicios morales, en su capacidad para ser más o menos razonables, y en su corrección, incluyendo la verdad o falsedad de los mismos. La justificación está estrechamente vinculada con esta idea de la objetividad de los juicios y con la existencia de algún tipo de argumentación, o demostración que las personas razonables pueden aplicar para alcanzar la conclusión sobre qué es lo correcto. Proveer una justificación sobre una afirmación o acción es dotar de razones para creer que esa afirmación o acción es correcta o razonable» (81) .

La mediación encuentra su fundamento filosófico en los términos de una concepción sustantiva de la justicia, donde las partes que participan de forma comprometida en un procedimiento de mediación, son quienes deciden de forma libre y racional, con la ayuda de un mediador, y en una situación de igualdad, cuáles son los principios de justicia que aceptan para conciliar sus intereses y valores contrapuestos y aparentemente incompatibles entre sí. Los principios de lo justo que eligen las partes en el caso concreto que les afecta no se eligen como en la teoría de Rawls en la situación ficticia que él describe como el «velo de la ignorancia», sino cada una de ellas es perfectamente conocedora de la situación o posicionamiento de partida en la que se coloca cada una de ellas en el conflicto al inicio del procedimiento de la mediación. Los principios de justicia con los que las partes van a intentar resolver el conflicto son ideados y aceptados libremente por ellas para el caso concreto de justicia que es objeto del procedimiento de mediación. El resultado «justo» lo consiguen alcanzar las partes como consecuencia de la aceptación de una metodología, el «equilibrio reflexivo» al que se refiere Rawls durante el desarrollo del procedimiento de mediación, regido a su vez por unos principios fundamentales que les permitirán conseguir este objetivo. Para mantener lo anterior, será necesario partir de una doble premisa, la libertad de las personas que median y la libertad de disposición conforme a derecho de aquello sobre lo que las personas deciden mediar.

El mutuo apoyo de las partes, respecto de las muchas consideraciones que cada una trae consigo al procedimiento de mediación, se consigue con esos juicios y convicciones que se consideran de justicia

Este método del «equilibrio reflexivo», que se materializa en un ir hacia delante y hacia atrás, donde los criterios y principios son revisados y trabajados por las partes hasta conseguir un contrapeso coherente entre unos y otros, proporciona un conocimiento fiable en la mediación sobre cómo constituir un resultado justo. La novedad que supuso inicialmente la teoría de la justicia de Rawls fue una forma de conocimiento sobre lo que es objetivamente justo o está objetivamente justificado, que es trasladable de forma semejante, a lo que acontece en un procedimiento de mediación. El mutuo apoyo de las partes, respecto de las muchas consideraciones que cada una trae consigo al procedimiento de mediación, se consigue con esos juicios y convicciones que se consideran de justicia. Mediante el «equilibrio reflexivo» se pretende que las partes identifiquen y acepten los principios de justicia para que puedan tomar decisiones y adoptar sus acuerdos, de tal manera que aquellos coincidan con sus convicciones y expectativas sobre la justicia. Consiguen así las partes alcanzar sus «convicciones meditadas de justicia» para aplicarlas a las pretensiones planteadas en el caso concreto que les ha llevado al procedimiento de mediación.

B) Justicia procedimental pura en Rawls y en la mediación

En el ámbito de la mediación, el profesor Robert Baruch Bush menciona la existencia de un grupo de estudios asociado con la teoría de la «justicia procedimental», que utilizan diversas técnicas de investigación para medir las actitudes sobre los procedimientos consensuales, en comparación con procedimientos de imposición como son los procedimientos judiciales o el arbitraje, y sus hallazgos muestran que las partes suelen preferir los primeros, incluso cuando los resultados que reciben en ellos son desfavorables. La razón principal de esta preferencia es el valor que, para los contendientes representa el «control del procedimiento», un término que incluye tanto la oportunidad de una participación significativa en la determinación del resultado del procedimiento, cualquiera que sea en última instancia, como la oportunidad de una plena autoexpresión. Los procedimientos consensuados como la mediación y la negociación ofrecen un mayor grado de control de los procesos, y por lo tanto son vistos por las partes como subjetivamente más justos y los priorizan, independientemente de si al final conducen a resultados favorables. En otras palabras, la investigación de la justicia procedimental muestra que a las partes les importa tanto cómo se lleva a cabo la solución de controversias como qué resultados se obtienen, y los procedimientos consensuados proporcionan el «cómo» que las partes valoran más (82).

La propuesta de justicia de Rawls es igualmente procedimental, pues consiste en la puesta en práctica de determinados procedimientos en la conducta humana social, de tal forma que puedan asegurar que el resultado de ese orden en las conductas, sea necesariamente justo. Esto significa que resultará suficiente la implementación de una serie de procedimientos de acción social, considerados imparciales o equitativos, para que el resultado deba tenerse por justo, cualquiera que sea este y sin que exista ningún criterio independiente del mismo procedimiento, conforme al cual se pueda medir la corrección o incorrección de esos resultados. La función del principio de oportunidades equitativas implica asegurar que el sistema de cooperación social sea de justicia procedimental pura; con esto se asegura que el procedimiento sea justo y, por ende, también los resultados, evitando el gran problema de definir principios sobre el concepto de lo justo (83). La

situación que escribe Rawls es de justicia procedimental pura en tanto que no existe un criterio independiente conforme al cual pueda juzgarse el resultado; existe una multitud indefinida de resultados, y lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se haya llegado a él siguiendo de forma efectiva un esquema de cooperación justo, tal y como se entiende públicamente (84).

John Rawls introduce en su obra *Una teoría de la justicia* la idea, en abstracto, de la justicia procedimental sobre dos factores distintivos: por un lado (i) la disponibilidad o no de un criterio independiente de determinación de lo que es conforme a la justicia, y a la vez preliminar respecto al procedimiento especificado; y, por otro lado (ii) conocer si existe o no garantía de que el procedimiento especificado, si se observa efectivamente, produzca el resultado conforme a la justicia. De esta manera clasifica tres formas fundamentales: (i) justicia procedimental perfecta (ii) justicia procedimental imperfecta, y (iii) justicia procedimental pura (85).

Samuel Free identifica la justicia puramente procesal de Rawls con los resultados de ciertos procedimientos equitativos, que son necesariamente justos cuando se observa su pleno cumplimiento. No existe un criterio independiente para medir la justicia de sus resultados, al margen de asegurarse que se ha seguido satisfactoriamente el procedimiento establecido. En comparación con la justicia procedimental imperfecta, esta sí dispone de un criterio independiente y es probable que el resultado de los procedimientos, como los juicios con jurado, sea justo, en tanto que los procedimientos satisfagan o se aproximen a este criterio independiente. De esta manera, un sistema económico, cuyas reglas satisfacen completamente la justicia como equidad, está mostrando una justicia puramente procesal. Una vez que las normas del sistema se cumplen, los individuos tienen derecho a todo lo que reciben y son justas las diferentes distribuciones de ingresos y riquezas (86).

Rawls distingue dos rasgos característicos en la justicia procedimental perfecta: el primero, la existencia de un criterio independiente sobre lo que es justo, en el ejemplo básico de la distribución de un pastel, una división justa es cortarlo a partes iguales; y el segundo, contar con un procedimiento que consiga el resultado deseado. El concepto de justicia procesal pura se puede explicar mediante la comparación con la justicia procesal perfecta e imperfecta (87). Para Rawls la justicia procedimental perfecta se produce de forma ocasional, y prácticamente es imposible. Un ejemplo muy sencillo que sirve para mostrar las características de la justicia procedimental perfecta es la división equitativa. La existencia de un criterio independiente que produce un resultado justo y permite elaborar un procedimiento seguro para alcanzarlo. En el ejemplo de división equitativa, donde varias personas tienen que dividir un pastel, se supone que la división equitativa es la división en partes iguales, preguntándose entonces ¿cuál será el procedimiento si lo hay para lograr ese resultado? La solución pasa por dejar el último trozo para quien reparta la tarta, pues este repartirá en partes iguales, asegurándose para sí una parte lo más grande posible. Es este un caso donde se aprecia un criterio independiente sobre qué es una división equitativa. La división equitativa muestra las características de la justicia procedimental perfecta. Rawls advierte el problema con el que se encuentra, elaborar el procedimiento, un conjunto de reglas que aseguren el resultado justo. Lo esencial que se requiere es una norma independiente que determine que el resultado es justo, y un procedimiento que garantice que se logra alcanzar (88). En la justicia procedimental el procedimiento relevante tiene carácter constitutivo de la conformidad a la justicia de aquello que

constituye su resultado. La ejecución del procedimiento es de alguna manera infalible. Solo si el procedimiento se sigue, el resultado es necesariamente conforme a la justicia, y su efectiva ejecución es lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia (89) .

Enrique César Pérez-Luño Robledo afirma que, en cuanto procedimiento, la mediación tiene unas características propias, una naturaleza específica con respecto a los procedimientos jurisdiccionales. Estas características se revelan en los principios y en las fases a través de los cuales la mediación se configura y materializa. La mediación consiste básicamente en unos cauces procesales destinados a gestionar un determinado conflicto jurídico. De lo anterior, se está en condiciones de inferir el carácter inequívocamente procedimental de la mediación, como ya hemos expuesto en el punto anterior. Se abre aquí un inciso para aclarar que, las teorías que insisten en la dimensión contractual de la mediación no implican negarle el carácter de procedimiento con el que esta se configura. Si bien la mediación se inicia como un negocio jurídico destinado a establecer un acuerdo entre partes para gestionar su conflicto jurídico, una vez formalizado dicho acuerdo, los cauces o procedimientos para la gestión del conflicto son de naturaleza inequívocamente procesal. Al final de ese procedimiento y siempre que se llegue a un resultado favorable, la mediación concluirá con un acuerdo o contrato pactado de mutuo acuerdo (90) .

Derivada de su naturaleza procedimental, la mediación se posiciona en la categoría de «justicia procedimental», pues el procedimiento tiene carácter constitutivo para la conformidad a la justicia de aquello que constituye su resultado, que se formaliza en el acuerdo que alcanzan, en su caso, las partes. Si el procedimiento formal de la mediación, con sus fases y principios fundamentales, es observado, y habiendo recurrido las partes al «equilibrio reflexivo», el resultado de la mediación será necesariamente conforme a la justicia. La observancia efectiva del procedimiento es lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia. A esto hay que añadir que lo que determina si el resultado final de la mediación es justo, además de haber respetado las formalidades del procedimiento, es la necesidad de haberlo desarrollado mediante actuaciones equitativas, como apunta John Rawls, por parte de quienes intervienen y participan en la misma. En una mediación existe una cantidad indefinida de resultados que las partes pueden alcanzar, incluido el no pactar un acuerdo, no existiendo un criterio independiente que aplicar, pero lo que hace que uno de ellos sea justo, es el hecho de que se logró con el cumplimiento efectivo de un esquema de cooperación justo.

Por tanto al afirmar que la mediación es justicia procedimental, no podemos con ello concluir que una situación sea justa porque se pudo llegar a ella mediante un determinado procedimiento, lo que nos conduciría a consecuencias absurdamente injustas. En otro ejemplo básico, el del juego de las apuestas significaría que podría aceptarse cualquier distribución de dinero. Sin embargo, en la medida que se ha apostado de forma imparcial, la distribución del dinero es igualmente imparcial, sea cual fuere el resultado. Lo que determina que el resultado final de las apuestas sea o no equitativo es el hecho de haberse producido después de una serie de apuestas equitativas. La cualidad de la justicia procedimental, según Rawls, estriba en que el procedimiento que determine el resultado justo debe ser efectivamente observado, dado que no se dispone en esos supuestos de criterios independientes que sirvan de referencia para conocer si un determinado resultado es justo. En consecuencia, un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado solo cuando es

efectivamente observado (91) .

En la mediación, son las partes que en ella intervienen quienes tienen que decidir cuál es su concepto de lo justo. Los principios de justicia son el resultado del acuerdo justo que las partes, en una relación de simetría, logran alcanzar a través del procedimiento formal de la mediación. En función de estos principios de justicia, las partes elegirán los criterios para asignarse recíprocamente unos derechos y obligaciones, que mediante el acuerdo pactado entre ellas definirá cuál es la distribución apropiada de los beneficios y cargas en la solución del conflicto. En este sentido, el fin de la mediación será que las partes acuerden este esquema justo de distribución de derechos y deberes, al que llegarán mediante sus esfuerzos de cooperación y teniendo en cuenta sus expectativas legítimas. Esta consideración sobre la distribución y asignación de derechos y obligaciones implica tratar la mediación como cuestión puramente procesal. El concepto de justicia en la mediación se define en función de los principios que han servido para asignar derechos y obligaciones, y al concretar la división correcta de las ventajas y beneficios que recibe cada una de las partes. El sistema de cooperación que se verifica en el procedimiento de la mediación es de «justicia procedimental».

A veces, señala Rawls, puede dar la impresión de que la discusión se establece en relación a la justicia procedimental o la justicia sustantiva, sin embargo, no tiene consistencia esta contraposición, pues la justicia procedimental depende de la justicia sustantiva, pero también difiere de ella en alguna que otra cosa (92) . Para esto, toma la distinción entre justicia procedimental y justicia sustantiva como la distinción que existe entre la justicia, o equidad, de un procedimiento, y la justicia, o equidad, de su resultado, respectivamente. Ambos tipos de justicia ejemplifican ciertos valores, de procedimiento y también de consecuencia, y ambos tipos de valores van juntos en el sentido de que la justicia de un procedimiento siempre depende, a excepción del caso especial del juego, de la justicia de su resultado probable, o de la justicia sustantiva. Así, la justicia procedimental y la sustantiva están conectadas y no van separadas. De esta manera apunta Jürgen Habermas facilita que los procedimientos equitativos cuenten con valores intrínsecos a ellos, por ejemplo, un procedimiento que tiene el valor de la imparcialidad, porque da a todos una oportunidad igual para presentar su caso.

En la mediación, el cumplimiento del procedimiento es garantía de buena justicia pues está informado por unos principios, como el de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad, a los que se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes durante el desarrollo de la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo. La mediación se constituye sobre el concepto de «justicia procedimental pura» de John Rawls que surge cuando no hay un criterio independiente para el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo e imparcial, de tal modo que el resultado al que lleguen, en su caso, las partes será igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento y unos principios de justicia. En la «justicia procesal pura», al no existir un criterio de referencia que sirva para saber si un resultado es o no justo, la condición imprescindible para lograrlo es el cumplimiento efectivo del procedimiento que determina el resultado.

El procedimiento de la mediación, tal y como está diseñado en España en la Ley 5/2012, de 6 de julio,

de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es sencillo y flexible al objeto de que las partes junto con el mediador sean quienes determinen libremente sus fases fundamentales. La ley únicamente se limita a establecer los requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes en su caso logren alcanzar. En relación a la mediación, la crítica que podría plantearse en relación a la postura defendida en este estudio sería la de cuestionar que un determinado resultado obtenido en un procedimiento de mediación sea justo o correcto por el hecho de haber sido alcanzado observando la formalidad del procedimiento de mediación legalmente establecido. Efectivamente, si la mediación, como «justicia procesal pura», no requiere la existencia de un criterio de referencia que sirva a las partes para saber si un resultado es o no justo, ¿cómo se puede afirmar que un contenido concreto de un acuerdo de mediación lo sea?

Conviene puntualizar que, una vez cumplido el procedimiento de mediación, no será necesario comprobar que el resultado que se ha producido sea o no conforme a la justicia, porque son las partes en pleno ejercicio de su derecho de autonomía y libre disposición quienes decidirán en cada caso concreto qué es o no justo para solucionar el conflicto que les afecta. El criterio de referencia que las partes y el mediador deberán aplicar para dar validez al acuerdo alcanzado es de cumplimiento con la legalidad vigente, comprobar que sea conforme a derecho. En este sentido, se exige que el acuerdo mediado no puede ser contrario a una norma imperativa, o prohibitiva, porque lo convenido sería nulo al amparo de lo dispuesto en el art. 6.3 de nuestro Código Civil. De la misma manera, la ley de mediación establece que el pacto no puede ser contrario a derecho en su art. 25.2º (93). Esta exigencia de legalidad forma parte del mismo procedimiento de mediación, y en aquellos supuestos donde las partes deciden otorgar al acuerdo de mediación carácter ejecutivo, se materializa o explicita de dos formas distintas. Cuando el acuerdo de mediación se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, es decir, en una mediación intrajudicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el contrario, si el acuerdo de mediación se consigue en procedimiento de mediación extrajudicial, las partes podrán elevarlo a escritura pública, por lo que se presentará ante un notario, quien deberá verificar además el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que su contenido no es contrario a derecho. Podría ser objeto de discusión que el criterio de legalidad que asegura la conformidad de un determinado acuerdo de mediación a derecho está fuera del procedimiento de mediación, pero no es así. El acuerdo de mediación, si existe, dado que no es obligatorio que las partes lo alcancen, forma parte integrante del procedimiento de mediación, asegurando que el resultado, cualquiera que sea, sea no solo justo sino legal. Si bien el juicio de legalidad se puede realizar formalmente, una vez ha finalizado el procedimiento de mediación, y a instancia, voluntariamente, de las partes de la mediación por un tercero ajeno al mismo, bien sea un notario o el juzgado que esté conociendo el asunto que es objeto de la mediación, deberá en todo caso formularse por las partes y el mediador dentro del procedimiento de mediación. En consecuencia, siguiendo el procedimiento de mediación, las partes y el mediador se aseguran que el resultado al que lleguen en su caso sea, además de justo, legal, pues este nunca podrá ser contrario al ordenamiento jurídico. La norma en este sentido funciona como un límite o un principio para la voluntad de las partes.

III. LA PERSONA Y LA COMUNIDAD DEL «NOSOTROS» COMO FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN

1. Fenomenología de la mediación: el ámbito relacional dialógico

En este tercer apartado abordamos la pregunta de la razón filosófica de la mediación desde la filosofía del «ser» y personalista. La mediación es una institución que todavía espera su construcción jurídica plena, asevera Pompeu Casanovas, y esta necesita tener en consideración tanto la transversalidad de las distintas disciplinas donde se ejerce y aplica como la especificidad de cada ciencia en particular (94). Para elaborar esa construcción jurídica, primero hemos buscado una razón en la filosofía del derecho, con su teoría de la justicia y ahora nos adentramos en la fenomenología y en el personalismo.

Santiago Miranzo remite a la Carta Europea de Mediación del Centre Nacional de la Mèdiation, que delimita el concepto de la mediación configurándola como un «lugar intermedio y dinámico», se afirma como «voluntad de abrir caminos, de establecer lazos», «espacio de comunicación» (95), que busca elaborar conjuntamente una salida «restableciendo un «yo» y un «tú» que permitan un verdadero diálogo». Lo que caracteriza a la mediación, para Marinés Suares, es la posibilidad de «crear un contexto más flexible para la conducción de disputas» (96). En consonancia con esta concepción de la mediación, en este estudio, de una forma novedosa, y después de un análisis fenomenológico, la definimos como un *ámbito*, de carácter intersubjetivo, integrado por las personas que participan en el proceso de la mediación, por ser ellas quienes lo crean y lo hacen posible. Este *ámbito* tiene un carácter relacional, pues existe en aras a que las partes, con la ayuda del mediador, interactúen entre ellas, se comuniquen y puedan llegar a solucionar por sí mismas el conflicto que les enfrenta.

Desde la fenomenología realista podemos indagar y dar respuesta a la pregunta sobre la esencia de la mediación, es decir, averiguar con ello de qué modo de «ser» es, y lo que verdaderamente hay en ella. La fuente de este conocimiento fenomenológico, de la esencia, es la *intuición*, un método de acceso a su sentido fundamental, y a lo que constituye su estructura ontológica. La intuición, como acto intelectual, nos permite captar la esencia de las cosas, aquello que permanece oculto a nuestros sentidos, lo que late detrás de lo patente, como una cualidad virtual que solo se adquiere mediante un acto del sujeto (97). Pero para aprehender la esencia de una realidad no se requiere ninguna percepción sensible, pues en este caso se trata de actos intuitivos que pueden llevarse en todo momento dondequiera que se encuentre el sujeto representante (98). Para la fenomenología realista, a la esencia de las cosas no se llega señalando cuáles son sus propiedades comunes, o mediante un análisis comparativo con otras realidades, sino mediante la intuición, que consiste en la orientación de la mirada hacia lo que pertenece a la cosa como tal, hacia su *ratio* o idea (99). La intuición supone la dación directa del ser intuido (100). Puede ser suficiente una única intuición ejemplar para llevar a cabo una abstracción, verdadero camino hacia la esencia. Se trata, argumenta, Edith Stein del carácter intuitivo del conocimiento esencial que no es un simple mirar, ni se trata de unas proposiciones seguidas de otras en un proceso de inferencia lógica, sino de penetrar en los objetos y en las relaciones entre objetos. Es esta la tarea propia del intelecto, *intus legere*, mirar en el

interior de las cosas.

Es el ámbito relacional dialógico lo que hallamos en el interior de la mediación, lo que nos sale al encuentro cuando la aprehendemos, como una evidencia indiscutible, una intuición originaria de su contenido

Este presente estudio fenomenológico trabajaremos y nos basta con una sola intuición, aquella a través de la cual la mediación se nos da y nos permite obtener una visión directa de lo profundo de su «ser», a partir de la cual podemos extraer su significación. Esta sola intuición es el *ámbito* relacional reseñado más arriba. La mediación manifiesta su ser en ese *ámbito* y es esta intuición intelectual la que verifica su sentido de «ser»; el ámbito relacional es también dialógico y muestra la esencia de la mediación, es decir lo que funda el ser o el comportarse en la manera en que lo hace. Es este *ámbito* relacional dialógico lo que hallamos en el interior de la mediación, lo que nos sale al encuentro cuando la aprehendemos, como una evidencia indiscutible, una intuición originaria de su contenido. La intuición intelectual de la esencia de la mediación, el *ámbito* relacional dialógico, como intuición intelectual, tiene que ser aclarada y conocida, para llevar a cabo a partir de ella una abstracción que consiste en «dejar de ver» lo que pertenece a la mediación solo accidentalmente, lo que también podría ser distinto en la mediación sin que la mediación dejara de ser lo que es. Y en positivo, esta intuición intelectual, el ámbito relacional dialógico, orienta la mirada «hacia lo que pertenece a la *ratio* [...] de la cosa material o a su idea» (101).

Esta intuición, el *ámbito* relacional dialógico, en la terminología fenomenológica de Maurice Merleau-Ponty, constituye lo «invisible» de la mediación, aquello que habita y posibilita lo sensible, sin presentarse en lo sensible mismo. La realidad ambital es «el reverso del exceso constitutivo de lo visible» (102). El *ámbito* es un término acuñado por el filósofo Alfonso López Quintás para designar un campo de la realidad que tiene el carácter de ser abierta, es decir, que ofrece posibilidades de interacción, en tanto que no está perfectamente delimitada, a diferencia de lo que sucede con las realidades cerradas, como los meros objetos (103). Si las partes, en su intento de mediar su controversia, se limitan a emplear para solucionarlas el conocimiento intelectual que adquieren sobre el alcance del conflicto, este análisis racional de sus posiciones enconadas, y su voluntad de arreglar sus problemas, no serán suficientes para hacer nacer, por sí sola, la genuina actividad mediadora. El *ámbito* relacional incorpora a la mediación otro tipo de conocimiento que complementa al intelectual, y es el conocimiento comprometido, que va más allá de la neutralidad objetiva, y al que no le es ajeno el esfuerzo por comprender lo extraño y hostil. Este conocimiento comprometido conduce a la verdadera objetividad, porque el adversario o contrincante se convierte en un educador; si las partes permanecen en la actitud de un racionalismo cerrado sobre sí mismo, esto las llevará irremediablemente, en aquellos asuntos que interesan al destino del individuo o colectivo, a levantar una muralla china entre ellos, les conducirá a la indeseada «indiferencia ante los contrarios y abstención ante la acción». El ámbito relacional, se crea por las partes a partir de ese

conocimiento comprometido, y aun siendo una abstracción formal, se materializa en el *nosotros* como primer nivel de comunidad que puede darse en la sociedad (104).

2. La comunidad del «nosotros» en relación con la persona y el bien común

La actividad procesal judicial o arbitral se desarrolla en el mundo impersonal, en la dispersión del «se», pues cada una de las partes del proceso interviene desde una separación absoluta, consecuencia de haber asumido una posición antagónica, bien como parte demandada o demandante. Cada una de las partes del proceso judicial se comporta, respecto de la otra como alguien que le resulta extraño y hostil, al que hay que vencer para no ser vencido. Esta actuación adversarial que despliegan los litigantes durante la tramitación de su pleito es, como no podría ser de otra manera, del todo admisible, lógica y coherente en sus planteamientos, pues ambas están enfrentadas como consecuencia de defender unos derechos que se han visto lesionados. La tercera persona impersonal, el «se», aparece aquí en la persona del otro como contrincante, una «naturaleza indeterminada, un tipo humano sin rostro». Este mundo del «se» impersonal que surge en la dinámica del conflicto se prolonga con la iniciación y prosecución de un procedimiento judicial. El enfrentamiento con el que acuden las partes a un proceso judicial es propio y natural de la actividad procesal, permanece durante la contienda y llega incluso a acentuarse tras obtener el fallo judicial. Sin embargo, en la actividad mediadora, la voluntad de las partes para mediar es incompatible con el mundo del «se» impersonal y disperso de la tercera persona, pues reclama para sí la creación del ámbito relacional de la primera persona del plural, el «nosotros» orgánico, una comunidad que consigue «abarcar y unir una infinitud de predilecciones singulares» (105).

El pronombre «nosotros» no se reduce, explica Alfonso López Quintás, a una simple ficción gramatical, es una realidad ambital, que expresa un modo de realidad «in-objetiva», y como tal no es asible ni delimitada como los objetos (106). Para desarrollar la actividad mediadora, las partes que deciden mediar, como un componente de la voluntariedad de querer alcanzar un entendimiento, deben abandonar el mundo impersonal de la tercera persona donde se han podido instalar, cristalizado en la mayoría de las situaciones en un perpetuo e irreconciliable combate frente al otro, para adentrarse en la comunidad personalista que se constituye en el «nosotros». No es esta una comunidad o asociación de tipo legal, sino una realidad espiritual, que no se ve, pero que está plenamente presente en el proceso de mediación, traída al procedimiento y sostenida por las partes. A partir de la creación del «nosotros», en un procedimiento de mediación se sientan las bases para su desarrollo con éxito.

Lo que fundamenta la comunidad personalista del «nosotros», no es tanto la voluntad común que las aglutina, la actividad colectiva que despliegan como miembros, o su mismo entusiasmo, sino «los valores que la sobrepasan y que ella misma encarna» (107). Esta comunidad se fundamenta en la persona, y resulta inalcanzable si se esquiva a la persona. No puede asentarse en alguna otra cosa que no sean las personas, «porque el nosotros sigue al yo», no puede precederle. El «yo» y el «nosotros» no se constituyen el uno sin el otro. Al contrario que el mundo del «se», que se conforma con la dispersión de los individuos. El «nosotros», es una realidad espiritual consecutiva del «yo», que no surge de la desaparición de la persona, sino de su realización. El vínculo de la persona con las comunidades es orgánico, por lo que puede afirmarse, y no de modo figurado, que estas son en

verdad, «personas colectivas, personas de personas» como las llama Emmanuel Mounier. El personalismo solo puede ser comunitario siempre que, a la vez, lo comunitario, en nuestro caso el «nosotros» sea personal, ni antes ni después de la persona, y siempre bajo la consigna de la responsabilidad.

Para Karol Wójtyła la comunidad personalista del «nosotros» surge como relación, o también como suma de las relaciones existentes entre los sujetos que la conforman. Además de la multiplicidad de sujetos a los que hace referencia, lo que caracteriza a la comunidad es la unidad de esa multiplicidad. No se la debe reducir a la materialidad del hecho de un existir y obrar unos sujetos en común. Que el hombre exista y obre junto a otros, como una realidad, no dice nada de la comunidad, sino solo de la multiplicidad de unos sujetos agentes, las personas. La unidad que aúna la multiplicidad es lo que conforma la comunidad. «Por comunidad entendemos lo que une», afirma Wójtyła, distinguiendo la existencia de dos dimensiones en la comunidad humana: por un lado, la interpersonal representada en la relación «yo-tú», y por otro, la dimensión social del «nosotros», y en ambas relaciones, la subjetividad personal del hombre es el elemento clave para comprenderla. Cuando las personas, viviendo su subjetividad personal, adquieren conciencia de constituir un «nosotros» determinado, se experimentan a sí mismas en esa nueva dimensión comunitaria, donde permanecen el «yo» y el «tú», y lo que cambia totalmente el enfoque de esa relación, pues viene trazada por un valor especial, es el bien común (108).

El concepto de comunidad wójtyliano refiere, según Guzowski Krzysztof, al concepto de persona-sujeto, entendido esta, como apertura a los demás, capaz de trascenderse y de autoplenuidad (109). La trascendencia es una experiencia de la persona, donde ella se sobrepasa a sí misma, y se revela como un ser que se encuentra más allá de sí, al mismo tiempo que es plena y verdaderamente él mismo. En el pensamiento de Wójtyła esta trascendencia se experimenta especialmente en el momento del encuentro con las demás personas. Al reconocer la alteridad del «otro», esto no significa que lo considero como algo fuera de mí, sino como un «otro yo», otra persona que se presenta en la experiencia. Las dos experiencias de la persona de «sí misma» y del «otro» permanecen en el ámbito de la subjetividad, experimentar al «otro» como una subjetividad diferente de uno mismo, y experimentarlo como a uno mismo.

El significado wójtyliano del «nosotros» no es solo ontológico, sino axiológico o normativo. Como norma, la comunidad del «nosotros» se presenta como esencial para la convivencia, para que los hombres puedan actuar «unos junto a otros», y donde existe un valor especial, el bien común, que puede ser descubierto siguiendo ese con-vivir desde el punto de vista de la subjetividad de cada uno de ellos. Como norma, la comunidad del «nosotros» se presenta como esencial para la convivencia, para que los hombres puedan actuar «unos junto a otros», y donde existe un valor especial, el bien común, que puede ser descubierto siguiendo ese con-vivir desde el punto de vista de la subjetividad de cada uno de ellos. El pronombre «nosotros» nos sumerge en un espacio de relaciones distintas de las que acontecen entre los pronombres personales «yo» y «tú», distinguiéndose una doble dimensión en la comunidad, la social y la interpersonal, respectivamente. Así, mientras la dimensión interpersonal remite directamente al «yo» y «tú», tan solo indirectamente se refieren a la multiplicidad de las personas; y en sentido contrario lo hace el «nosotros», que directamente

manifiesta una multiplicidad, y solo indirectamente apunta a las personas que a ella pertenecen.

El bien común se constituye en la base objetiva de la dimensión social del «nosotros». Este valor singular corresponde a la trascendencia de la persona, y esta pertenece a la estructura del «yo» humano, pertenece a la subjetividad personal de una forma fundamental. Si bien la experiencia nos muestra cómo la dimensión social del «nosotros» puede convertirse a veces en un espacio de conflicto, el bien común puede implicar una mayor plenitud que el bien individual, pues aquel afecta a la realización personal o autoperfección individual, propia del sujeto humano. En este sentido, el bien común posee un carácter de supraordenación y está en relación con la trascendencia de la persona. Este carácter de supraordenación privativo del bien común, poseedor de una mayor plenitud de valor, lo cualifica, y se manifiesta en el hecho de que el bien individual de cada una de las personas que componen la dimensión social del «nosotros» se expresa y se realiza de modo más completo. En consecuencia, a través del bien común el «yo» personal es capaz de encontrarse a sí mismo, de un modo más pleno y radical, en el «nosotros» de la comunidad social (110).

El bien común pertenece sobre todo al ámbito de la persona cuando existe y actúa «junto a los otros», y en este sentido puede identificarse como el fin que persiguen las personas en su actuación común; sin embargo, no puede definirse sin tener en cuenta el momento subjetivo, «el momento del actuar que hace referencia a los agentes». El bien común es el bien de una concreta comunidad de acción, de un «nosotros», pero si lo comprendemos solo de manera objetiva y superficial como fin o acción, no expresa su plenitud, pues debe conectarse con el momento subjetivo. Su alcance es aún mayor, pues en el bien común hallamos «lo que condiciona y de algún modo pone de manifiesto la participación en las personas que actúan en común y precisamente por eso las conforma como una comunidad subjetiva de acción» (111).

La mediación se fundamenta y solo puede existir en la experiencia del *ámbito* relacional que hemos descrito como esencia de la mediación, una realidad espiritual que es autoría y responsabilidad de las partes que participan en ella, pues con la ayuda del mediador lo hacen nacer y sostenerlo, creando el «nosotros», una dimensión social que partiendo de la relación personal «yo-tú», y regida por el bien común, les permite aproximar y reconciliar sus posiciones enfrentadas.

3. La «participación» y el «valor personalista» de la acción

El concepto «participación» tiene un significado ordinario y otro filosófico; en la primera acepción se define como tomar parte de algo, compartir, tener las mismas opiniones, ideas, que otra persona. El significado filosófico se corresponde con la trascendencia de la persona en la acción, pues existe una correlación entre la persona y la acción, y ambas se explican recíprocamente. Wojtyła recurrirá al concepto de «participación», entendida como lo que corresponde a la trascendencia de la persona en la acción, cuando esa acción se realiza «junto con otros» en las distintas relaciones sociales o interpersonales que entabla. La «participación», es una propiedad interior y homogénea de la persona, y posibilita que, cuando existe y actúa junto con otras, existe y actúa como persona (112). Lo característico de esta propiedad consiste en que, cuando la persona actúa «junto con otros», mantiene el valor personalista de la acción, y a la vez realiza lo que resulta de la actuación en común. Ese actuar «junto con otros» es distinto de la simple cooperación. La «participación» significa, en

primer lugar, la capacidad de una actuación junto con otros, y es una dimensión característica propia de la persona humana, ligada al valor personalista de la acción. Es decir, la persona participa cuando, al realizar la acción junto con otros, realiza verdaderamente una acción, y se realiza a sí misma realizando una acción conjunta (113).

En el análisis de la acción Wojtyła encuentra un contenido estrictamente personal, poniendo de manifiesto cómo la realización de una acción por la persona constituye un valor fundamental, que él denomina «valor personalista» de la acción. Este valor no se identifica y se diferencia del valor moral, entendido como valor de la acción realizada, y referido a una norma, pues lo precede y también lo condiciona. Es evidente que cualquier valor moral, el bien y el mal, presupone la realización de la acción. Sin embargo, este «valor personalista» está inscrito en la misma realización de la persona, en el propio hecho de que el hombre actúa de un modo que le es propio. La característica de este actuar es la autodeterminación, donde se realiza la trascendencia de la persona y la integración que ella incluye. Este valor expresa el valor de la persona, pues constituye su origen y fundamento concreto, y es en la acción donde la persona se actualiza a sí misma, expresando su estructura de autopoiesis y autodominio. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma, porque la persona se realiza a sí misma cuando realiza una acción. En estos términos se pronuncia Wojtyła al decir que «el valor personalista de la acción no es todavía un valor ético pero surge de la interioridad de la persona, la revela y la confirma» (114).

La «participación», como característica específica de la persona, significa en primer lugar la capacidad interior que permite a la persona actuar «junto con otros», realizando el valor personalista de la acción, y al mismo tiempo realizar lo que resulta de la actuación en común; por tanto, se realiza el valor personalista de la acción al realizar la acción, y al realizarse la persona en la acción. Wojtyła señala, además, un cierto significado normativo a la participación, que no se refiere a la norma ética, de la acción realizada en función de su contenido, sino que «es una norma de la propia realización de la acción, una norma de su subjetividad personal, una norma interior en la que se trata de asegurar la autodeterminación de la persona, y por tanto su operatividad, la trascendencia de la persona y la integración». Este significado normativo de la «participación» también implica un cierto deber y derecho, la acción debe realizarse no solo de modo que tenga un valor ético, y se le pueda atribuir ese valor, sino que debe respetar el derecho fundamental de la persona a realizar las acciones y a realizarse en esas acciones. Este derecho, apunta Wojtyła, «asume el sentido propio de ley sobre la base del actuar con otros». Y como todo derecho tiene su revés en el deber, si mediante la participación la persona puede realizarse a sí misma cuando actúa junto con otros, cada persona debería desarrollar esa capacidad de participación de tal modo que le permita realizar el valor personalista de su propia acción al actuar «junto con otros», y toda actuación conjunta con otros debe desarrollarse de tal manera que toda persona que se vea afectada por esa actuación pueda realizarse mediante su participación en ella. La «participación» se configura, así, como una característica esencial de la persona cuando actúa «junto con otros», de la que surge el derecho de la persona a realizar las acciones y la obligación de realizarlas según el «valor personalista» de la acción que contiene la propia realización de la acción.

Sin embargo, esta capacidad de participación puede verse limitada en la persona, de dos formas

posibles, mediante el individualismo y el colectivismo, determinando bien la ausencia de participación en la persona, o bien imposibilitándola desde el exterior, consecuencia de una determinada configuración social (115). El individualismo presenta, desde un ámbito axiológico, el bien de la persona como el bien principal y fundamental al que se debe subordinar cualquier comunidad y sociedad, frente al totalitarismo objetivo, que se sitúa en el plano opuesto, y subordina incondicionalmente la persona y su bien a la comunidad y a la sociedad. Mientras una persona en un procedimiento judicial se mantenga en la posición procesal de parte demandada o demandante, y no decida de mutuo acuerdo la suspensión del pleito que mantienen, con el fin de iniciar una negociación o una mediación, el planteamiento de las acciones que cada una de ellas ejercita y las pretensiones que ambas defienden obedecen a un esquema individualista, si bien la justicia que ambas persiguen constituye un bien social. Cada parte en el pleito defiende su derecho como el bien principal que debe prevalecer frente al derecho del contrario. Sin embargo, esta misma actitud no puede trasladarse a la dinámica de la mediación, porque no hallará encuadre posible. Ya se ha descrito anteriormente que la mediación y la configuración de la relación del «nosotros», que crea el ámbito relacional dialógico, donde pueden interactuar las partes, están presididas por el bien común que ambas persiguen y que se materializa en el compromiso de llegar por sí mismas a un acuerdo satisfactorio para sus intereses. Por lo tanto, en la mediación, además del bien individual que cada parte trae a la mediación, y defiende como propio, surge mediante su «participación» el bien común necesario que las partes deben asumir también como propio, si su voluntad es la de permanecer en la mediación como método de resolución pacífico y consensuado de su conflicto.

Por tanto el individualismo niega la participación como una propiedad interior de la persona que le permite realizarse al actuar «junto con los otros», explicando la constitución de las distintas comunidades como un medio que asegura el bien del individuo frente a la actuación de los otros; este actuar «junto a los otros» es una necesidad de la convivencia que el individuo debe aceptar o tolerar, y no responde ni desarrolla ninguna cualidad positiva de la persona. Es especialmente significativo el posicionamiento que adopta el individualismo frente a los demás hombres, frente al otro, que «solo son para el individuo una fuente de limitaciones e incluso un polo de contrariedades» (116). Esta actitud es claramente irreconciliable con la creación de un ámbito relacional del «nosotros» que es la mediación, de la misma manera que lo es su extremo opuesto, el totalitarismo o también denominado colectivismo, que se defiende y protege del individuo, a quien considera como enemigo de la comunidad y de su bien, sin disposición alguna de realizarse en el actuar y en el existir «junto con otros». El bien de la comunidad se alcanza entonces limitando al individuo, y es este el sentido del bien común para el colectivismo. Este bien no es elegido mediante la participación como algo conveniente, sino que le viene impuesto por coacción. El totalitarismo es igualmente incompatible con la mediación en tanto que la comunidad del nosotros que estamos propiciando como fundamento del *ámbito* relacional, donde puede desarrollarse, nunca puede suplantar a la persona ni su bien por un mal entendido bien común. El acuerdo al que finalmente lleguen las partes en la mediación como solución consensuada por ellas mismas y con la ayuda de un mediador no sustituye o pulveriza a la persona por la comunidad, sino que precisamente logra su realización en ese existir «junto a otros».

Tanto el individualismo como el colectivismo, aun siendo tendencias diametralmente opuestas,

responden a una misma visión del hombre, contraria a la persona, porque ninguna reconoce la participación como una cualidad del individuo. Por una parte, no se puede forzar al hombre a actuar «junto a los otros», y por otra, la participación, como propiedad de la persona, necesita actualizarse, formarse, y educarse para que el hombre, en su libre actuar, pueda alcanzar su madurez específica en el existir y actuar «junto con otros» (117) .

Existen actitudes características de la actuación y existencia de la persona «junto con otros» en relación al bien común, a las que Wojtyla denomina solidaridad y oposición, con un significado personalista pre-ético, en la medida que se analiza el valor de la realización de una acción, pero no el valor de la acción realizada referida a una norma ética; al filósofo de Cracovia le interesa ocuparse de la realización subjetiva de las acciones y de su valor «inminente» como valor personalista; la realización de una acción es en sí misma un bien que obliga al que la realiza como a los otros. Es difícil en este análisis deslindar el ámbito ético del ontológico si se introduce el aspecto axiológico o de los valores, del que no puede prescindir la ontología de la persona y de la acción. Son dos las actitudes auténticas: la solidaridad y la oposición, y deben explicarse conjuntamente para llegar a entenderse cada una, frente a las no auténticas, el conformismo y la evasión.

4. La subjetividad de la persona: la estructura dinámica de la «autodeterminación»

La forma de aprehender la intuición en la fenomenología, de hacerla clara y distinta, es la reflexión; mediante un «hacer-objeto-reflexionante», y a través de diversos niveles de la reflexión. De esta manera, en este estudio, a partir de la primera *intuición que es el ámbito*, se ha podido seguir reflexionando en profundidad sobre la esencia de la mediación, descubrir nuevas esencias y traerlas a la *intuición*. Hemos podido transportarnos a la interioridad de la mediación para coincidir, con lo que hay en ella de forma única, y la hemos recorrido en círculos concéntricos, como si de una escalera de caracol se tratara. El primer círculo de reflexión ha sido la mediación como *ámbito*, que nos ha conducido al siguiente escalón: la realidad del «nosotros», que a su vez nos ha llevado a la subjetividad de la persona, a la «participación», al «valor personalista» de su acción y su estructura de «autodeterminación» que ahora de forma breve apuntamos. Aún hay más escaleras, que no podemos aquí analizar, la palabra, y con ella el diálogo y la dialéctica, pero que deberán ser objeto de otro estudio.

La mediación, comenta el profesor Juan Montero Aroca, se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las partes que median. La voluntad forma parte integrante de las relaciones jurídicas que mantienen los ciudadanos, de tal manera que ellos pueden establecer, modificar y extinguir todas esas relaciones jurídico-materiales privadas. En la medida que las personas son titulares de derechos subjetivos privados, pueden, en función de la libertad y de la autonomía de la voluntad, referidas ambas tanto a un aspecto de derecho material como a otro de derecho procesal, someterlos a una mediación. Lo que puede someterse a una mediación, apunta Juan Antonio Aroca, no es una controversia, sino una pretensión derivada normalmente de la existencia de una disputa o conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos. Un conflicto puede dar lugar a más de una pretensión, por lo que en la mediación deberá atenderse a todas aquellas peticiones implícitas que estarán referidas siempre a un bien o a una consecuencia jurídica. En sentido contrario, todas aquellas causas de pedir cuya única manera de lograr una consecuencia

jurídica lo sea por medio de una sentencia quedan excluidas de la posibilidad de mediación (118) .

Para introducirnos en la estructura de «autodeterminación» de la persona en la filosofía personalista, es preciso abordarla desde la subjetividad. El estudio wojtyliano de la persona tiene en consideración dos elementos esenciales: por un lado, la experiencia como elemento de interpretación, y por otro, la necesidad de apelar a lo «irreductible» del hombre, aquello que es originaria y fundamentalmente humano (119) . La persona guarda y posee un refugio interior irreductible a cualquier categoría cosmológica y no personal. Este elemento irreductible se corresponde con la subjetividad de la persona, y se necesita para comprender a la persona en sí misma (120) . La subjetividad personal permite comprender al hombre en sí mismo, en su originalidad, en lo que cada persona es única e irrepetible, no solo como hombre-individuo, sino como un «yo» humano concreto. Es a través de la subjetividad como cada hombre se constituye en un único e irrepetible «yo». Wojtyla define la subjetividad como sinónimo de todo lo irreductible en el hombre, y por irreductible entiende aquello que por naturaleza no puede sufrir reducción, que no puede ser reducido, sino solo mostrado, es decir, revelado. Así, aclara que «irreductible significa también todo lo que en el hombre es invisible, que es totalmente interior y por lo que todo hombre es como el testimonio evidente de sí mismo, de la propia humanidad y de la propia persona» (121) . La subjetividad personal se analiza desde el dinamismo del actuar humano, desde la acción, y por eso se manifiesta a través de la estructura de autodeterminación contenida en las acciones personales.

En la estructura de autodeterminación la persona encuentra al propio «yo», como alguien que se posee y tiene dominio de sí, en todo caso como quien puede poseerse y dominarse (122) . La persona es quien se posee a sí misma y a la vez es poseída exclusivamente por sí misma (123) . La capacidad de autodeterminación de la persona le permite la posibilidad de su autorrealización, como su forma de desplegarse, dirigida hacia la plenitud o cumplimiento de la persona (124) . La estructura de autodeterminación del «yo» concreto es dinámica, y se presenta como autoposesión y autodomínio; esta estructura pertenece al interior de la persona, es inmanente y constituye el equipamiento del sujeto personal, llegando a afirmar que en cierto sentido es la persona misma. Wojtyla describe el papel que juega esta estructura en la persona cuando comenta que «en la experiencia de autoposesión y del autodomínio el hombre experimenta el hecho de ser persona, y de ser sujeto» (125) . En consecuencia, esta estructura es esencial al «yo» personal, y la que configura la subjetividad personal del hombre.

Esta estructura subjetiva de la persona, la «autodeterminación», forma parte de la esencia de la mediación, y fundamenta su modo de «ser» en concreto. La persona, realizando una acción, se realiza a sí misma en ese acto, decide sobre sí misma. Lo característico de la mediación se encuentra en la capacidad que tienen y quieren darse las partes de decidir por ellas mismas, sin delegar en un tercero —juez o árbitro— la solución al conflicto que les afecta. Lo cual no significa que cuando ellas deciden acudir a un método heterocompositivo en lugar de otros autocompositivos como la mediación, no activen su «autodeterminación», pues deciden libremente que otros decidan, si no que en el desarrollo de un procedimiento de mediación esta se da un estado de mayor plenitud.

IV. CONCLUSIÓN: LA MEDIACIÓN ES UN ÁMBITO DE JUSTICIA

La mediación tiene uno de sus fundamentos filosóficos en el concepto de «justicia» elaborado por John Rawls. En este sentido podemos afirmar que la mediación es «justicia procedimental». El proceso de mediación se desarrolla a través de un procedimiento estructurado en unas fases y fundamentado en unos principios fundamentales, donde las partes no se preguntan, para resolver el conflicto que les afecta, sobre qué es o no lo justo conforme a lo establecido de antemano por un determinado criterio, como puede ser el legal, es decir, lo dispuesto para el caso concreto por un ordenamiento jurídico, sino que ellas mismas deciden y priorizan cuales son los principios de los que participa la justicia que van aplicar para valorar los acuerdos propuestos y que están dispuestas a aceptar para poner fin a sus disputas.

En la mediación definida como «justicia procedimental», el procedimiento tiene carácter constitutivo para la conformidad a la justicia de aquello que conforma su resultado, el acuerdo que alcanzan, en su caso, las partes. Por tanto, si el procedimiento formal de la mediación, con sus fases y principios fundamentales, se sigue, el resultado será necesariamente conforme a la justicia, y su observancia efectiva es lo que hará que también aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia. Si además de haber respetado las formalidades del procedimiento, este se desarrolla mediante actuaciones equitativas por parte de quienes intervienen y participan en el mismo, las partes y el mediador, entonces el resultado final de la mediación será equitativo. En un procedimiento de mediación existe una cantidad indefinida de resultados que las partes pueden alcanzar —incluido el no llegar a un acuerdo—, sin embargo, lo que hace que uno de ellos sea justo es el hecho de que se logró con el cumplimiento efectivo de un esquema de cooperación justo. En efecto, en la mediación son las partes que en ella intervienen quienes tienen que decidir cuál es su concepto de lo justo. Los principios de justicia son el resultado de lo que ellas aceptan como justo, de forma libre y en una relación de simetría e igualdad entre ellas, todo ello con vistas a lograr la solución consensuada de su conflicto. En función de estos principios de justicia, las partes elegirán los criterios que servirán para asignarse recíprocamente unos derechos y obligaciones; el acuerdo pactado entre ellas, definirá cuál es la distribución apropiada de los beneficios y cargas en la solución del conflicto.

Por tanto, la mediación, en términos de justicia, promoverá que las partes acuerden este esquema de distribución de derechos y deberes justo, al que llegarán mediante sus esfuerzos de cooperación y teniendo en cuenta sus expectativas legítimas. Esta consideración sobre la mutua distribución y asignación de derechos y obligaciones implica tratar la mediación como cuestión puramente procesal. El concepto de justicia en la mediación se define en función de los principios que han servido para asignar derechos y obligaciones, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, con sus fases y principios, con el fin de concretar una división correcta de las ventajas y beneficios que recibe cada una de las partes en la solución de su conflicto. El sistema de cooperación que se verifica en la mediación es de «justicia procedimental». En consecuencia afirmamos que la mediación es justicia, una justicia procedimental y sustantiva a la vez, que se desarrolla, como veremos a continuación, en un *ámbito* relacional del «nosotros» creado y sostenido por las partes y le mediador.

El planteamiento fenomenológico realista que hemos emprendido en la segunda parte de este

estudio nos ha permitido responder a la pregunta sobre la esencia de la mediación, averiguar de qué modo de «ser» es, y lo que verdaderamente hay en ella. Así descubrimos, en el interior de la mediación, y a través de una intuición intelectual, que la mediación es un *ámbito*, un campo de la realidad abierta, que ofrece posibilidades de interacción orientadas al entendimiento y acuerdo de las partes involucradas en conflicto, a diferencia de lo que sucede con otras realidades como son los objetos, que se encuentran perfectamente delimitados. Ese *ámbito* de la mediación es intersubjetivo, al estar integrado por las personas que participan en el proceso de la mediación, y ser ellas quienes lo crean y lo hacen posible. El *ámbito* de la mediación, aun siendo una abstracción formal, es una realidad que se materializa en el pronombre «nosotros» como primer nivel de comunidad que se da en la sociedad, y como la forma de coordinación natural entre las personas.

El *ámbito* relacional del «nosotros» se asienta sobre la subjetividad de las personas que participan en el proceso de mediación, aquello que permite comprender a la persona en sí misma y en su originalidad, en lo que cada una es única e irrepetible, como un «yo» singular y concreto. La subjetividad personal, analizada desde el dinamismo del actuar humano, desde la acción, se expresa a través de la estructura de «autodeterminación» dinámica contenida en las acciones personales. Esta estructura de «autodeterminación» de la persona, explica la relación que existe entre la causalidad y lo que la configuración de la persona logra, en el sentido de cómo la persona, al querer algo, se determina a sí misma al querer ese algo. Esta estructura subjetiva de la persona, la autodeterminación, forma parte de la esencia de la mediación, y fundamenta su modo de ser concreto. La persona realizando una acción se realiza a sí misma en esa acción, decide sobre sí misma. Es esto precisamente lo más característico de la mediación, la capacidad natural que tienen y quieren darse las partes de ser protagonistas de sus soluciones, al decidir por ellas mismas, sin delegar en un tercero —juez o árbitro— la solución al conflicto que les afecta.

Este ámbito del «nosotros» que define la esencia de la mediación se asienta sobre el «valor personalista» de la acción, donde la persona se actualiza a sí misma, expresando su capacidad de autoposesión y autodominio. La realización de una acción por una persona constituye un valor en sí misma. El valor personalista de la acción no es todavía un valor ético, pero surge de la interioridad de la persona, la revela y confirma en su «ser». La mediación, en cuanto actuación conjunta de las personas que intervienen en ella, tiene su razón de ser en la persona, en ese valor personalista de su acción, y en una propiedad interior y homogénea a todas las personas a la que se denomina «participación». La «participación» se configura, así, como una característica esencial de la persona cuando esta actúa «junto con otros», y que puede verse limitada y restringida de dos formas posibles: por el individualismo, y, en su plano opuesto, el antiindividualismo, o colectivismo. Existen unas actitudes características de la actuación y existencia de la persona cuando actúa «junto con otros» en relación al bien común, que favorece esa cualidad interior de las personas, la «participación» que pueden trasladarse para incorporarlas a la actuación de las partes en la mediación, que son la solidaridad y la oposición, frente al conformismo y la evasión.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J.: *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*, Madrid: Trotta,

2015.

ALEXY, R., «La naturaleza de la filosofía del derecho», *Doxa*, n.º 26, 2003, pp. 147-159.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

BARUCH BUSH, R.A., «What Do We Need a Mediator For?»: Mediation's "Value-Added" for Negotiators», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12, n.º 1, 1996, pp. 1-36.

BEINER, R., *Political Philosophy: What It Is and Why It Matters*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.

Blomgren AMSLER, L., «Designing justice: Legal institutions and other systems for managing conflict», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 24, n.º 1, 2008, pp. 1-52.

BURGER, W.E., «Isn't There a Better Way?», *American Bar Association Journal*, vol. 68, n.º 3, 1982, pp. 274-277.

BURGOS VELASCO, J.M., «La antropología personalista de Persona y Acción», en Juan Manuel Burgos Velasco (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*. Madrid: Palabra, 2007, pp. 117-141.

— *Para comprender a Karol Wojtyla: una introducción a la filosofía*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2014.

— «El personalismo ontológico moderno II. Claves antropológicas», *Quién*, n.º 2, 2015, pp. 7-32.

CAMPBELL, T., *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona, Gedisa, 2011.

CAÑAS FERNÁNDEZ, J.L., «Personalismo o personalismos», en Juan Manuel Burgos Velasco José Luis Cañas Fernández y Urbano Ferrer Santos (eds.): *Hacia una definición de filosofía personalista*. Madrid: Palabra, 2006, pp. 27-43.

CASANOVAS I ROMEU, P., «Republicanism and Justice relational», *Doxa*, n.º 35, 2012, pp. 261-280.

CELANO, B., «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa*, n.º 24, 2001, pp. 407-427.

COBEN, J.R. y HARLEY, P., «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 25, n.º 2, 2004, pp. 235-334.

Comisión de las Comunidades Europeas: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* (COM2002, 196 final). Bruselas, 2002. Disponible en: <<https://bit.ly/3vqDLHt>>.

CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*. Madrid: Dykinson, 2014.

- CROWNE, C.H., «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *New York University Law Review*, vol. 76, n.º 6, 2001, pp. 1768-1811.
- ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ESTEVE GARCÍA, G., «Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos», en Pompeu Casanovas i Romeu, Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 47-51.
- FOLGER, J. y TAYLOR, A., *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio* (trad. Beatriz E. Blanca Mendoza). México, DF: Limusa, 1996.
- FREEMAN, S., *Rawls*, México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- GARCÍA AÑÓN, J., «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», en Cristina García-Pascual: *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 301-328.
- GARCÍA CASAS, P., *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, Barcelona, Herder, 2018.
- García Villaluenga, L., *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid, Reus, 2006.
- «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 4, 2010, pp. 717-756.
- GÓMEZ AMIGO, L., «El procedimiento de mediación», en Francisco López Simó y Federico F. Garau Sobrino (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 243-287.
- GONZÁLEZ MARTÍN, L.A., «La mediación: ¿sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos?», en L.A. o González Martín (dir.): *Mediación y tutela judicial efectiva: la justicia del siglo xxi*. Madrid, Editorial Reus, 2019, pp. 25-44.
- GUZOWSKI, K., «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», en J.M. Burgos Velasco (ed. lit.): *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*, Madrid, Palabra, 2007, pp. 195-207.
- HABERMAS, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona, Paidós, 1998.
- HAYNES, J.M., *Fundamentos de la mediación familiar* (trad. Daniel Jorge Bustelo Eliçabe-Urriol y Ana María Sánchez Durán), Madrid, Gaia, 2012.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A, «Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción», en Jorge Luis Tomillo Urbina, Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro (coords.): *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo xxi*, Madrid, Reus, 2000, t. II: *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, pp. 205-222.

KULP, H.S., «Increasing referrals to small claims mediation programs: Models to improve access to justice», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 14, n.º 2, 2013, pp. 361-394.

LAUROBA, M.E., BARRAL, I., TARABAL, J. y VIOLA, I., «La construcción institucional y jurídica de la mediación», en Pompeu Casanovas i Romeu, Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.): *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 827-894.

LESMES SERRANO, C: *Discurso del acto de clausura del día europeo de la mediación* (pronunciado el 21 de enero de 2019). Disponible en: [<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada>].

LÓPEZ QUINTÁS, A., *El poder del diálogo y del encuentro: Ebner, Haecker, Wust, Przywara*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1997.

— *Descubrir la grandeza de la vida: una vía de ascenso a la madurez personal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2009.

— *La experiencia estética y su poder formativo*, 2.ª ed., Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013.

Madrid Liras, S., «Entrevista motivacional en mediación», *Revista de Mediación*, vol. 7, n.º 1, 2014, pp. 82-99.

MARQUÉS CEBOLA, C.S., *La mediación, un nuevo instrumento de la Administración de Justicia para la solución de conflictos* [tesis doctoral], Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011.

MÁRQUEZ ALGARA, M.G., *Mediación y administración de justicia: hacia la consolidación de una justicia participativa*, Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.

MASSINI CORREAS, C.I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MIRANZO DE MATEO, S., «Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación», *Revista de Mediación*, vol. 3, n.º 5, 2010, pp. 8-15.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional*, vol. 1: *Parte general*, 21.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., ÁLVAREZ TORRES, M. y GIL VALLEJO, B., *Mediación civil y mercantil*.

Madrid : Dykinson, 2009.

MORENO, M., «El sentido ontológico del ser», *Intus-Legere: Filosofía*, vol. 9, n.º 1, 2015, pp. 63-75.

MOUNIER, E., *El personalismo. Antología esencial* (trad. Carlos Díaz). Salamanca, Sígueme, 2014.

NADAL SÁNCHEZ, H., *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo* [tesis doctoral]. Burgos: Universidad de Burgos, 2007. Disponible en: [<http://hdl.handle.net/10259.1/89>].

— *Mediación: de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

NINO, C.S., «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, n.º 5, 1988, pp. 87-105.

ORTEGA Y GASSET, J., *¿Qué es filosofía? Y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 2015.

ORTUÑO MUÑOZ, J.P., «Artículo 1: Concepto», en Cristina Alonso Salgado y Ana Rodríguez Álvarez (coords.) y Raquel Castillejo Manzanares (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 21-30.

— *Justicia sin jueces. Métodos alternativos a la justicia tradicional*, Madrid, Ariel, 2018.

PARKINSON, L., «El modelo eco-sistémico de mediación familiar», *Revista La Trama*, n.º 1, 2003, pp. 1-9.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E.C., «La mediación como proceso», en Pedro M.ª Quesada López (coord.): *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 47-60.

RAWLS, J., *Una teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González), 2.ª ed. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

— *Justicia como equidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2012.

REINACH, A., *Introducción a la fenomenología*, Madrid, Encuentro, 1986.

RISKIN, L.L., «Understanding Mediators» Orientations, Strategies, and Techniques: Grid for the Perplexed», *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 1, 1996, pp. 7-52.

SÁNCHEZ MUÑOZ, R. y ROBLES LUJÁN, CC, «Para una reforma de la filosofía», en Rubén Sánchez Muñoz y Sandra García Pérez (coords.): *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega*. Ciudad de México: Universidad Veracruzana y Torres Asociados, 2016, pp. 49-66.

SANDEL, M.J., *Liberalism and its critics*, Oxford, Blackwell, 1984.

— *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 2009 .

SMITH, S. y MARTÍNEZ, J., «An analytic framework for dispute systems design», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 14, n.º 1, 2009, pp. 123-170.

STEIN, E., *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino* (trad. Alicia Valero Martín), 2.ª ed., Madrid: Encuentro, 2008.

SUÁREZ-IÑIGUEZ, E., *Filosofía política contemporánea: Popper, Rawls y Nozick*. Ciudad de México, Porrúa, 2005.

SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en *Tratado de mediación*. (A.I. Blanco García, ed.): vol. 1: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 19-48.

— «Las políticas públicas en materia de Justicia restaurativa en Justicia de menores», en Helena Soletto Muñoz (dir): *Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 6-56.

STULBERG, J.B., «Fairness and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, n.º 3, 1998, pp. 909-946.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona, Paidós, 1996.

THIBAUT, J., WALKER, L., LATOUR, S. y HOULDEN, P., «Procedural Justice as Fairness», *Stanford Law Review*, vol. 26, 1973-1974, pp. 1271-1290.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Concepto de mediación y ámbito de aplicación», en Francisco López Simó y Federico F. Garau Sobrino (coords.): *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 104-122.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, vol. 50, n.º 1, 2013, pp. 71-98.

VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación en el mundo. Concepto, teoría y práctica*. [documento de trabajo], s. f. Recuperado de: < <https://bit.ly/3cnREh1> >.

VILARROIG MARTÍN, J., «Sentido de la filosofía desde la tradición personalista», *Quién*, n.º 6, 2017, pp. 117-131.

VINCELETTE, A., *Recent catholic philosophy: The twentieth century*. Milwaukee (Estados Unidos): Marquette University Press, 2011.

VIÑAS OTERO, A., *De la filosofía personalista al iuspersonalismo*. Madrid: Dykinson, 2006.

WEATHERSPOON, F.D.,: «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *Capital University Law Review*, vol. 39 , n.º 4 (2011), pp. 789-804.

WELSH, N.A., «Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories», *Journal of Legal Education*, vol. 54, n.º 1 (2004), pp. 49-59.

WHATLING, T., *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*, Madrid, Narcea, 2013.

WOJTYLA, K, *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, 2.ª ed., Madrid, Palabra, 2003.

— «La persona: sujeto de la comunidad», en Karol Wojtula (aut.): *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, 2.ª ed. Madrid: Palabra, 2003, pp. 41-110.

— «¿Participación o alienación?», en Karol Wojtyla: *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, 2.ª ed., Madrid, Palabra, 2003, pp. 111 -131.

— «Apuntes para una teoría de la participación», en Karol Wojtyla: *Persona y Acción*, Madrid, Palabra, 2011, pp . 375-427.

(1)

L. García Villaluenga, L. y E. Vázquez de Castro E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, vol. 50, n.º 1, 2013, p. 72.

Ver Texto

(2) J. Aguiló Regla, *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación*. Madrid, Trotta, 2015, p. 97.

Ver Texto

(3) C. Lesmes Serrano, *Discurso del acto de clausura del día europeo de la mediación* (pronunciado el 21 de enero de 2019). Disponible en: [<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada>].

Ver Texto

(4) H. Soletó Muñoz, «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en *Tratado de mediación*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; A. I. Blanco García (ed.), vol. 1, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, p. 27.

Ver Texto

(5) Comisión de las Comunidades Europeas, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior: *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Bruselas, 19 de abril de 2002, p. 6.

Ver Texto

(6) R. Alexy, «La naturaleza de la filosofía del derecho», *Doxa*, n.º 26 (2003), pp. 147-148.

Ver Texto

(7) J. Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía? y otros ensayos*. Madrid: Alianza, 2015, p. 29.

Ver Texto

(8) H. Nadal Sánchez, *El contexto ético-filosófico de la mediación y la proyección moral del modelo transformativo* [tesis doctoral]. Burgos, Universidad de Burgos, 2007. Disponible en: [<http://hdl.handle.net/10259.1/89>], p. 53.

Ver Texto

(9) W.E. Burger, «Isn't There a Better Way?», *American Bar Association Journal*, vol. 68, n.º 3 (1982), p. 274.

Ver Texto

(10) H. Soletto Muñoz, «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en *Tratado de mediación, op. cit.* p. 27.

Ver Texto

(11) N.A. Welsh., «Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories», *Journal of Legal Education*, vol. 54, n.º 1 (2004), p. 50.

Ver Texto

(12) A. Hernández Rodríguez, «Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción», en Jorge Luis Tomillo Urbina, Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro (coords.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo xxi, op. cit.*, t. II, *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, pp. 208-209.

Ver Texto

(13) H.S. Kulp, «Increasing referrals to small claims mediation programs: Models to improve access to justice», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 14, n.º 2, 2013, p. 371.

Ver Texto

(14) C. H. Crowne: «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *New York University Law Review*, vol. 76, n.º 6 (2001), pp. 1769 y 1780.

Ver Texto

(15) S. Smith y J. Martínez: «An analytic framework for dispute systems design», *Harvard Negotiation Law*

Review, vol. 14, n.º 1, 2009, p. 129.

[Ver Texto](#)

(16) L. Blomgren Amsler «Designing justice: Legal institutions and other systems for managing conflict», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 24, n.º 1 (2008), pp. 21-22.

[Ver Texto](#)

(17) J.B. Stulberg, «Fairness and mediation», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, n.º 3 (1998), p. 910.

[Ver Texto](#)

(18) C. H. Crowne, «The alternative dispute resolution act of 1998: Implementing new paradigm of justice», *op. cit.*, p. 1780.

[Ver Texto](#)

(19) J. García Añón, «Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho», en Cristina García-Pascual, *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 302-303.

[Ver Texto](#)

(20) S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 55-56.

[Ver Texto](#)

(21) P. Casanovas i Romeu, «Republicanism and Justicia relacional», *Doxa*, n.º 35 (2012), pp. 262-263.

[Ver Texto](#)

(22) H. Soleto Muñoz,, «Las políticas públicas en materia de Justicia restaurativa en Justicia de menores», en Helena Soleto Muñoz (dir.), *Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*. Madrid, Dykinson , 2019, p. 6.

[Ver Texto](#)

(23) S. Madrid Liras, *Mediación motivacional: hacia una relación de acompañamiento en los conflictos*. Madrid , Reus, 2017, p. 15.

[Ver Texto](#)

(24) F. D. Weatherspoon, «The impact of the growth and use of ADR process on minority communities, individual rights, and neutrals», *Capital University Law Review*, vol. 39, n.º 4 (2011), p. 794.

[Ver Texto](#)

(25) J.R. Coben y P. Harley, «Intentional conversations about restorative justice, mediation and the practice of law», *Hamline Journal of Public Law & Policy*, vol. 25, n.º 2 (2004), p. 253.

[Ver Texto](#)

(26) L.A. González Martín, «La mediación: sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos», en Luis Aurelio González Martín (dir.), *Mediación y tutela judicial efectiva: la justicia del siglo xxi*. Madrid, Editorial Reus, 2019, p. 36.

[Ver Texto](#)

(27) A. López Quintás, *La experiencia estética y su poder formativo*, 2.ª ed. Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013, p. 37.

[Ver Texto](#)

(28) A. Vincelette, *Recent catholic philosophy: The twentieth century*, Milwaukee, Marquette University Press, 2011, p. 123.

[Ver Texto](#)

(29) J.L. Cañas Fernández, «Personalismo o personalismos», en Juan Manuel Burgos Velasco, José Luis Cañas Fernández y Urbano Ferrer Santos (eds.), *Hacia una definición de filosofía personalista*. Madrid, Palabra, 2006, p. 38.

[Ver Texto](#)

(30) J.M. Burgos Velasco, «El personalismo ontológico moderno II. Claves antropológicas», *Quién*, n.º 2 (2015), p. 12.

[Ver Texto](#)

(31) J. Vilarroig Martín, «Sentido de la filosofía desde la tradición personalista», *Quién*, n.º 6 (2017), p. 12.

[Ver Texto](#)

(32) A. Viñas Otero, *De la filosofía personalista al iuspersonalismo*. Madrid, Dykinson, 2006, pp. 33 y 40.

[Ver Texto](#)

(33) E. Mounier, *El personalismo. Antología esencial, op. cit., Antología esencial* (trad. Carlos Díaz). Salamanca, Sígueme, 2014, pp. 676, 71, y 83-85.

[Ver Texto](#)

(34) J.P. Ortuño Serrano, *Justicia sin jueces*. Barcelona, Editorial Planeta, 2018, p.15

[Ver Texto](#)

(35) P. García Casas, *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*. Barcelona, Herder, 2018, p. 197.

[Ver Texto](#)

(36) J.M. Burgos Velasco, «La antropología personalista de «Persona y Acción»», en Juan Manuel Burgos Velasco (ed. lit.), *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*. Madrid, Palabra, 2007, pp. 132-133.

[Ver Texto](#)

(37) Wojtyla, Karol, *Persona y Acción*, Madrid, Palabra, 2011, pp. 180-185.

[Ver Texto](#)

(38) J. Folberg y A. Taylor, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, trad. Beatriz E. Blanca Mendoza). Ciudad de México, Limusa, 1996, p. 27.

[Ver Texto](#)

(39) T. Whatling, *Mediación: habilidades y estrategias, guía práctica*. Madrid, Narcea, 2013p. 19.

[Ver Texto](#)

(40) J.M Haynes, *Fundamentos de la mediación familiar* (trad. Daniel Jorge Bustelo Eliçabe-Urriol y Ana María Sánchez Durán). Madrid, Gaia, 2012, p. 11.

[Ver Texto](#)

(41) Lisa Parkinson, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, Gedisa, 2005, p. 21.

[Ver Texto](#)

(42) L.L. Riskin, «Understanding Mediators» Orientations, Strategies, and Techniques, Grid for the Perplexed», *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1 (1996), p. 8.

[Ver Texto](#)

(43) J. Montero Aroca; J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional* (21.ª ed.). Valencia , Tirant lo Blanch, 2013, vol. 1, *Parte general*, p. 227.

[Ver Texto](#)

(44) M. Vargas Gómez-Urrutia, «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012», en Francisco López Simó y Federico F. Garau Sobrino (Coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 106.

[Ver Texto](#)

- (45) S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., p. 93.
- [Ver Texto](#)
- (46) C.S. Marqués Cebola, *La mediación, un nuevo instrumento de la Administración de Justicia para la solución de conflictos* [tesis doctoral]. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 136-137.
- [Ver Texto](#)
- (47) M. Vargas Gómez-Urrutia, «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012», op. cit., p. 107.
- [Ver Texto](#)
- (48) A. E. Vilalta Nicuesa, «El marco jurídico, derecho comparado», en Pompeu Casanovas i Romeu, Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.), *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 159.
- [Ver Texto](#)
- (49) J. J. Morcillo Jiménez; M. Álvarez Torres y B. Gil Vallejo, *Mediación civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2009p. 133.
- [Ver Texto](#)
- (50) M.ª.E. Lauroba; I. Barral; J. Tarabal e I. Viola, «La construcción institucional y jurídica de la mediación», en Pompeu Casanovas i Romeu, Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.), *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2011, p. 834.
- [Ver Texto](#)
- (51) J. P. Ortuño Muñoz, «Artículo 1, Concepto», en Cristina Alonso Salgado y Ana Rodríguez Álvarez (coords.) y Raquel Castillejo Manzanares (dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 24.
- [Ver Texto](#)
- (52) M.ª.G. Márquez Algara, *Mediación y administración de justicia, hacia la consolidación de una justicia participativa*. Aguascalientes (México), Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, p. 133.
- [Ver Texto](#)
- (53) L. Gómez Amigos, «El procedimiento de mediación», en Francisco López Simó y Federico F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 245.
- [Ver Texto](#)

- (54) J. J. Morcillo Jiménez; M. Álvarez Torres y B. Gil Vallejo, *Mediación civil y mercantil*. Madrid, Dykinson, 2009, p. 133.
- [Ver Texto](#)
- (55) G. Esteve García, «Las leyes autonómicas españolas, los conceptos básicos», en Pompeu Casanovas i Romeu, Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.), *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña, op. cit.*, p. 47.
- [Ver Texto](#)
- (56) C. Esplugues Mota, *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 263.
- [Ver Texto](#)
- (57) Casanovas i Romeu, Pompeu; Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.), *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, Barcelona, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2011, vol. II, p. 64.
- [Ver Texto](#)
- (58) F. Corsón Pereiray E. Gutiérrez Hernanz, *Mediación y teoría, op. cit.*, pp. 168-169.
- [Ver Texto](#)
- (59) L. Parkinson, *Mediación familiar. Teoría y práctica, principios y estrategias operativas, op. cit.*, p. 29.
- [Ver Texto](#)
- (60) L. García Villaluenga, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 4 (2010), p. 718.
- [Ver Texto](#)
- (61) S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, op. cit.*, pp. 157-158.
- [Ver Texto](#)
- (62) H. Nadal Sánchez, *Mediación, de la herramienta a la disciplina. Su lugar en los sistemas de justicia*. Zizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 77.
- [Ver Texto](#)
- (63) L. García Villaluenga, *Mediación en conflictos familiares, una construcción desde el derecho de familia, op. cit.*, p. 458.

[Ver Texto](#)

(64) M. J. Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 2009, p. 32.

[Ver Texto](#)

(65) T. Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2011, p. 33.

[Ver Texto](#)

(66) J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, trad. María Dolores González), 2.ª ed. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 17.

[Ver Texto](#)

(67) J. Rawls, *Justicia como equidad*. Barcelona, Paidós Ibérica, 2012, p.p 139-141.

[Ver Texto](#)

(68) E. Bonete Perales, «Tugendhat contra Rawls y Habermas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI (1989), p. 340.

[Ver Texto](#)

(69) T. Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2011, p. 101.

[Ver Texto](#)

(70) M. J. Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 31-32.

[Ver Texto](#)

(71) D.D. Raphael,, *Concepts of Justice*, Nueva York (Estados Unidos), Oxford University Press, 2001, p. 197.

[Ver Texto](#)

(72) E. Suárez-Iñiguez, *Filosofía política contemporánea, Popper, Rawls y Nozick*. Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2005, pp. 53-55.

[Ver Texto](#)

(73) C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho* (10.ª ed.). Barcelona, Ariel, 2004, p. 410.

[Ver Texto](#)

(74) T. Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos, op. cit.*, pp. 101, 106 y 221.

[Ver Texto](#)

(75) J. Thibaut; L. Walker; S. Latour; y P. Houlden, «Procedural Justice as Fairness», *Stanford Law Review*, vol. 26 (1973-1974), p. 1271.

[Ver Texto](#)

(76) R. Beiner,, *Political Philosophy, What It Is and Why It Matters*. Nueva York (Estados Unidos), Cambridge University Press, 2014, p. 200.

[Ver Texto](#)

(77) J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 25.

[Ver Texto](#)

(78) C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, p. 410.

[Ver Texto](#)

(79) J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 33.

[Ver Texto](#)

(80) S. Freeman, *Rawls*. México, DF, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 46.

[Ver Texto](#)

(81) *IBID.*, p. 47.

[Ver Texto](#)

(82) R. A. Baruch Bush, «What Do We Need a Mediator For?», *Mediation's "Value-Added" for Negotiators*, *op. cit.*, pp. 5-6.

[Ver Texto](#)

(83) C. I. Massini Correas, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 85-86.

[Ver Texto](#)

(84) J. Rawls, *Justicia como equidad*, *op. cit.*, pp. 85-86.

[Ver Texto](#)

(85) B. Celano, «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *Doxa*, n.º 24 (2001), p. 409.

[Ver Texto](#)

(86) S. Freeman, *Rawls*, *op. cit.*, p. 420.

Ver Texto

(87) J. Rawls, *Justicia distributiva*, [trad. de Economic Justice, Penguin Books, 1973, capítulo 4, sección 13, pp. 319-362][en línea]. Disponible en, [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183136/rev24_rawls.pdf], p. 84.

Ver Texto

(88) J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 90.

Ver Texto

(89) B. Celano, «Justicia procedimental pura y teoría del derecho», *op. cit.*, 409.

Ver Texto

(90) E.C. Pérez-Luño Robledo, «La mediación como proceso», Madrid, Dykinson, 2017, p. 59.

Ver Texto

(91) J. Rawls *Una teoría de la justicia*, *op. cit.*, pp. 90-91.

Ver Texto

(92) J. Habermas y John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 129 y 131.

Ver Texto

(93) L.A. González Martín, «La mediación, sistema alternativo o complementario de resolución de conflictos», Madrid, Editorial Reus, 2019, p. 34.

Ver Texto

(94) Casanovas i Romeu, Pompeu; Jaume Magre y María Elena Lauroba (dirs.), *Materiales jurídicos del libro blanco de la mediación en Cataluña*, *op. cit.*, p. 64.

Ver Texto

(95) S. Miranzo de Mateo, «Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación», *Revista de Mediación*, vol. 3, n.º 5 (2010), pp. 319-320.

Ver Texto

(96) M. Suares, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona, Paidós, 1996, p. 50.

Ver Texto

(97) R. Sánchez Muñoz, y C. C Robles Liján, «Para una reforma de la filosofía», en R. Sánchez Muñoz y S. García Pérez (coords.), *Meditaciones sobre la filosofía de Ortega*, Ciudad de México, Universidad Veracruzana y Torres Asociados, 2016, p. 61.

[Ver Texto](#)

(98)

A. Reinach, *Introducción a la fenomenología*, Madrid, Encuentro, 1986, p. 52.

[Ver Texto](#)

(99) E. Stein, *¿Qué es filosofía? Un diálogo entre Edmund Husserl y Tomás de Aquino*, Madrid, Alianza, 2015, pp. 32-34.

[Ver Texto](#)

(100) M. Moreno, «El sentido ontológico del ser», *Intus-Legere, Filosofía*, vol. 9, n.º 1 (2015), p. 68.

[Ver Texto](#)

(101) A. López Quintás, *Descubrir la grandeza de la vida, una vía de ascenso a la madurez personal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, p. 37.

[Ver Texto](#)

(102) A. López Quintás, *El poder del diálogo y del encuentro*, Ebner, Haecker, Wust, Przywara, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1997, p. 89.

[Ver Texto](#)

(103) *Idem.*

[Ver Texto](#)

(104) E. Mounier, *El personalismo. Antología esencial* (trad. Carlos Díaz). Salamanca, Sígueme, 2014, p. 618.

[Ver Texto](#)

(105) *Ibid.*, p. 89.

[Ver Texto](#)

(106)

Ibid., p. 91.

[Ver Texto](#)

(107) *Ibid.*, pp. 618 y 83-91

[Ver Texto](#)

(108) K. Wojtyła, «La persona, sujeto de la comunidad», en Karol Wojtyła, *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, 2.ª ed. Madrid, Palabra, 2003, p. 75.

[Ver Texto](#)

(109)K. Guzowski, «El personalismo de comunión en Karol Wojtyla», en Juan Manuel Burgos Velasco (ed. lit.), *La filosofía personalista de Karol Wojtyla*, Madrid, Palabra, 2007, p. 201.

[Ver Texto](#)

(110)K. Wojtyla, «*La persona, sujeto de la comunidad*», *op. cit.*, p. 95.

[Ver Texto](#)

(111)K. Wojtyla, *Persona y acción*, *op. cit.*, p. 401.

[Ver Texto](#)

(112)*Ibid.*, p. 389.

[Ver Texto](#)

(113)
S. Lozano Arco, *La interpersonalidad en Karol Wojtyla*, Madrid, Edicep, 2016 (Veritas, 9), p. 245.

[Ver Texto](#)

(114)K. Wojtyla, *Persona y Acción*, *op. cit.*, p. 383.

[Ver Texto](#)

(115)
Ibid., pp. 390 -391.

[Ver Texto](#)

(116)*Ibid.*, pp. 379,383.

[Ver Texto](#)

(117)*Ibid.*, p. 393.

[Ver Texto](#)

(118)J. Montero Aroca; J. L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional* (21.ª ed.). Valencia , Tirant lo Blanch, 2013, vol. 1, *Parte general*, p. 227.

[Ver Texto](#)

(119)P. García Casas, *Amor es nombre de persona en Karol Wojtyla*, Barcelona, Herder, 2018, p. 253.

[Ver Texto](#)

⁽¹²⁰⁾J.M. Burgos Velasco, *Para comprender a Karol Wojtyla, una introducción a la filosofía*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2014, pp. 116-117.

[Ver Texto](#)

⁽¹²¹⁾K. Wojtyla, *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.*, p. 34

[Ver Texto](#)

⁽¹²²⁾/BID., p. 35.

[Ver Texto](#)

⁽¹²³⁾K. Wojtyla, *Persona y Acción*, *op. cit.*, p. 168.

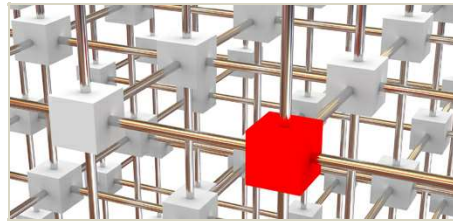
[Ver Texto](#)

⁽¹²⁴⁾J.M. Burgos Velasco, *Para comprender a Karol Wojtyla, una introducción a la filosofía*, filosofía, *op. cit.*, p. 67.

[Ver Texto](#)

⁽¹²⁵⁾K. Wojtyla, *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*, *op. cit.*, p. 35.

[Ver Texto](#)



Abuso del procedimiento arbitral y debido proceso

Abuse of arbitral procedure and *due process*

En los últimos años, han aumentado ciertas solicitudes de carácter intimidatorio según las cuales si el árbitro no las acepta el resultado dará lugar a una violación del debido proceso. Con ello se ha incrementado la preocupación de los árbitros porque la resolución de dichas solicitudes pueda sustentar un recurso de anulación ante la jurisdicción estatal promovido, bien por la parte solicitante, si no ha conseguido su propósito, bien por la contraparte, en caso de que el árbitro las conceda, por considerar vulnerado el principio de igualdad con la consiguiente indefensión. Utilizar el debido proceso como argumento estrella puede resultar traumático para los árbitros (*due process paranoia*), permitiendo en ciertos casos desviaciones del procedimiento establecido para evitar futuras impugnaciones del laudo. Siendo el equilibrio entre la discrecionalidad arbitral y la flexibilidad procesal un activo muy valioso que permite a los árbitros responder con eficiencia a situaciones y escenarios imprevisibles en el momento la planificación del procedimiento. Para ello es preciso disponer de sólidos argumentos procesales para combatir a las partes recalcitrantes o de mala fe distinguiendo cuándo está justificada la solicitud basada en el debido proceso ante el tribunal arbitral, y cuándo se trata de un abuso que el árbitro debe rechazar en beneficio de una gestión arbitral ordenada y eficaz.

Procedimiento arbitral, abuso, debido proceso, poderes de los árbitros.

In recent years, there has been an increase in certain intimidatory requests that if the arbitrator does not accept them, the outcome will lead to a violation of *due process*. This has increased the concern of arbitrators that the resolution of such requests may support an appeal for annulment before the state jurisdiction, either by the requesting party, if it has not achieved its purpose, or by the opposing party, in the event that the arbitrator grants them, on the grounds that the principle of equality has been violated, with the consequent lack of defence. Using *due process* as a star argument can be traumatic for arbitrators (*due process paranoia*), allowing in certain cases deviations from the established procedure to avoid future challenges to the award. The balance between arbitral discretion and procedural flexibility is a very valuable asset that allows arbitrators to respond efficiently to unforeseeable situations and scenarios at the time of planning the procedure. This requires strong procedural arguments to combat recalcitrant or bad faith parties by distinguishing when a request based on *due process* before the arbitral tribunal is justified, and when it is an abuse that the arbitrator should reject in the interest of orderly and efficient arbitral management.

Arbitral proceedings, abuse, *due process*, powers of arbitrators.



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. PLANTEAMIENTO

1. Dentro de las cuestiones que suscita la generalizada tendencia de los últimos tiempos en favor de la consecución de la eficiencia del procedimiento arbitral (1) figura su correcta gestión por parte de los árbitros (2), concretándose una de sus manifestaciones más importantes en el equilibrio que debe existir entre los poderes necesarios para desempeñar su misión, cuando deben resolver solicitudes o acciones procesales solicitadas por las partes, y los derechos éstas al debido proceso. La necesidad del mantenimiento de dicho equilibrio se pone a prueba al considerar si determinadas maniobras efectuadas por los representantes de las partes se desarrollan en el ejercicio legítimo de los derechos procesales inherentes a éstas o son fruto de una maniobra poco razonable, conducente, cuanto menos, a un retraso innecesario del procedimiento, cuando no a la anulación del laudo arbitral. Veamos un ejemplo. En un arbitraje con sede en Washington, una vez concluidas las audiencias y la práctica de las pruebas, una de las partes solicitó la admisión de un documento que a su juicio era crucial para la resolución de caso y del cual no había podido disponer hasta aquellos momentos. Por descontado, una vez consultada la contraparte ésta se negó radicalmente a que se procediera a la admisión solicitada. Y ambas amenazaron con emprender un recurso de anulación en función de la respuesta del tribunal arbitral y del resultado del laudo. En este caso, el tribunal, donde yo actuaba como árbitro, se inclinó por rechazar la intempestiva solicitud y el presidente, frente a mis reservas en la deliberación, alegó su conocimiento de la práctica de la anulación seguida por los tribunales de la sede. Afortunadamente en laudo no fue objeto de recurso.

Con su clarividencia habitual Bernardo Cremades llamó la atención en el marco del *Chartered Institute of Arbitrators* de Londres (Alexander Lecture 16 noviembre 2016) de cómo con relativa frecuencia los abogados que representan a las partes plantean cuestiones vinculadas al debido proceso de forma intimidatoria, sugiriendo que si el árbitro no acepta sus propuestas procesales el resultado dará lugar a una violación del debido proceso, apuntando la necesidad de analizar y distinguir cuándo está justificado plantear cuestiones de debido proceso ante el tribunal arbitral, y cuándo se trata de un abuso que el árbitro debe rechazar en beneficio de una gestión arbitral ordenada y eficaz (3). Desde entonces, los estudios sobre la materia se han disparado, por lo que resulta aconsejable proceder en esta sección de la Revista, a un estudio sobre el estado de la cuestión.

II. ALCANCE DE LOS PODERES DE LOS ÁRBITROS, FLEXIBILIDAD, Y RESPETO AL DEBIDO PROCESO

2. Como es bien sabido la regla de base es la «libertad de las partes para convenir las reglas a las que debe ajustarse el tribunal arbitral en sus actuaciones» (4) , confiriendo las modernas leyes de arbitraje un amplio margen para la autonomía de los litigantes y reservándose muy pocas disposiciones obligatorias (5) . Sin embargo, la mayor parte de las veces, la libertad de las partes para adaptar el procedimiento no da lugar más que a unas breves líneas de carácter genérico: *v.gr.*, una cláusula de arbitraje *ad hoc* sin especiales especificaciones procesales o una cláusula institucional estándar que apunta a un amplio marco procesal. Incluso la multitud de instrumentos de mejores prácticas guarda silencio sobre muchos detalles específicos de la gestión procesal y este vacío se llena con la amplia discreción procesal otorgada al tribunal arbitral.

Admitida que la autoridad del árbitro deriva directamente de la voluntad de las partes (6) , una de las manifestaciones del arbitraje ha sido la transferencia de la referida discrecionalidad (7) , susceptible de conducir el procedimiento en la forma que consideren más adecuada, siempre y cuando respeten la misión arbitral, apliquen los principios básicos de las reglas del «debido proceso» y asuman las exigencias constitucionales (8) . Concretamente, un árbitro no solo cuenta con amplia libertad para llevar a cabo una audiencia de arbitraje, sino para determinar las cuestiones procesales que surgen de la controversia y cuenta, por consiguiente, con un amplio poder para decidir si se admiten o excluyen pruebas y, en ausencia de limitaciones explícitas, le corresponde completar los vacíos procesales del acuerdo arbitral. Como pusiera de relieve la decisión de la *District Court, Parish of East Baton Rouge* (Louisiana) en el asunto *U.S. Turnkey Exploration, Inc. v. PS* (1991):

«Unless a mode of conducting the proceedings has been prescribed by the arbitration agreement or submission, or regulated by statute, arbitrators have a general discretion as to the mode of conducting the proceedings and are not bound by formal rules of procedure and evidence, and the estándar of review of arbitration procedures is merely whether a party to an arbitration has been denied a fundamentally fair hearing» (9) .

Con relativa frecuencia los abogados que representan a las partes plantean cuestiones vinculadas al debido proceso de forma intimidatoria, sugiriendo que si el árbitro no acepta sus propuestas procesales el resultado dará lugar a una violación del debido proceso

3. A dicha transferencia de poderes han contribuido decisivamente los Reglamentos de los Centros de arbitraje y las directrices de las instituciones promotoras del mismo, reforzando la denominada teoría autónoma del arbitraje (10) .

i

- i) Acostumbran, en efecto, los Reglamentos de arbitraje a conferir al tribunal arbitral un amplio margen de maniobra y flexibilidad para dirigir el proceso, observando siempre el principio de

igualdad de las partes y dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, lo cual les permite adoptar decisiones sobre la organización del procedimiento que tengan en cuenta las circunstancias del caso, las expectativas de las partes y de los propios miembros del tribunal y la necesidad de resolver la controversia con equidad, eficacia y economía (v.gr., art. 24 Regl. SCC 2017, art. 22 Regl. CCI 2020, art. 14 Regl. LCIA 2020 o art. 24 Regl. CIAM).

- ii) El debate en torno a la eficiencia del arbitraje ha llevado a que las directrices de arbitraje internacional faculten a los árbitros para conducir los procedimientos con un mayor protagonismo (11), aunque esta ampliación competencial no ha dejado de contar con numerosas reservas. Baste atender a que la tendencia de los árbitros a conducir el proceso arbitral de una manera que se percibe excesiva se ha tenido muy en cuenta a la hora de redactar las Reglas de Praga de 2018, concretamente en sus arts. 2 y 3 (12).

Corresponde, pues, a los propios árbitros insistir en su función autorreguladora, especialmente en dos frentes: el de la diligente gestión del tiempo —o los tiempos— del arbitraje, asegurando su racionalidad y eficacia como signo de identidad de la institución (13); y el de la calidad de la producción en toda clase de resoluciones, pero sobre todo en los laudos, que no sólo deben contener una decisión «acertada» desde el punto de vista de los intereses en juego, la equidad y el Derecho aplicable, sino que deben ser expresivos, en términos de motivación, de una respuesta proporcionada al esfuerzo alegatorio y probatorio realizado por las partes. No olvidemos que dentro de las funciones del árbitro figura la de hacer respetar los valores inherentes al arbitraje (14).

Confirma la reciente práctica arbitral que los árbitros acostumbran a ejercer poderes que no se derivan específicamente de un acuerdo de partes, sino que pueden ser implícitos o inherentes y que ejercidos adecuadamente, logran contribuir a garantizar que el proceso arbitral cumpla la expectativa de ofrecer una metodología justa, ética y razonable de resolver las controversias (15). Pero esto no siempre acontece, por lo cual la supuesta debilidad de los árbitros constituye una de las preocupaciones fundamentales actuales en relación con el arbitraje internacional. En todo caso y en aras de la eficacia, el árbitro no puede ignorar las opiniones de las partes. Consultará con ellas de antemano, respetará sus argumentos razonables e intentará llegar a un consenso. Sólo si las necesidades de una eficiente administración de la justicia arbitral lo requieren adoptará una decisión sin temor a que sea anulada por el tribunal de la sede del arbitraje. De lo anterior se infiere que la buena marcha del procedimiento arbitral debe ser la resultante de una correlación de fuerzas: de un lado, la autonomía de la voluntad de las partes en tanto que principio rector del arbitraje y, de otro lado, los poderes otorgados a los árbitros (16). Una correlación que debería dosificarse convenientemente atendiendo a los intereses de las partes, a sus estrategias particulares y a que los árbitros cumplan diligentemente su misión, por una parte, y al deseo de los árbitros de administrar el caso de manera expedita y rentable, por otra.

4. Quiérase o no, dada la gran capacidad decisoria que se concede al árbitro, resulta obligado por la propia seguridad de los litigantes, que el procedimiento se desarrolle con escrupulosidad y corrección. La posibilidad apuntada permite el conocimiento previo del Derecho que regirá el proceso arbitral con lo cual se cuenta con un importante elemento de previsibilidad desde la misma

iniciación de las actuaciones. Y ello no comporta, *prima facie*, un obstáculo a la flexibilidad, que debe informar la articulación del procedimiento arbitral, aunque se trate este de un tema polémico, pues la referida previsibilidad puede ir en contra el pragmatismo que ha de estar presente en todo este sector y conlleva, según sus detractores, una suerte de judicialización del arbitraje (17).

Si la flexibilidad procedimental es una tendencia constante de las actuales de las reformas procesales civiles y un ideal compartido en la mejora de la justicia civil, en el arbitraje constituye uno de sus principios rectores (18) y una de sus ventajas sobre el proceso jurisdiccional. En la justicia ordinaria, las normas procesales poseen carácter imperativo configurando las formalidades procesales un instrumento esencial para el respeto al debido proceso, mientras que en el arbitraje el procedimiento es mucho más elástico contando las partes con mayores posibilidades en su conformación, sin prescindir de las denominados garantías procesales que constituyen el núcleo protector de los litigantes en ambas modalidades de litigios (19). Incluso se llega a afirmar que la mayor o menor flexibilidad del arbitraje entraña uno de los aspectos más relevantes para el éxito de la propia institución. En efecto, la flexibilidad fortalece el arbitraje al dotar a los árbitros de amplia discreción para hacer lo que mejor se adapte a cada caso concreto. Resulta difícil argumentar que el procedimiento arbitral debería estar sujeto a unas normas rígidas, en lugar de reflejar los contornos de cada caso particular. De hecho, la reciente proliferación de directrices de las organizaciones promotoras sugiere que los usuarios del arbitraje buscan cada vez más la previsibilidad procesal (20).

5. Frente a este planteamiento, concurren posturas disidentes que ponen el acento, cuando existe desigualdad entre las partes, en la posibilidad de que la parte perdedora pueda considerarse agraviada por una toma de decisiones efectuada sin normas preestablecidas en las que cobijarse. A partir de aquí se afirma, con carácter más general, que la flexibilidad es susceptible de producir más inconvenientes que ventajas, debilitando el procedimiento en su conjunto, y dando lugar a trámites interminables y excesivamente costosos. La existencia y la correcta aplicación de normas en beneficio del arbitraje, que refuercen las garantías de las partes, reduce en buena medida el contenido de estas críticas (21). De esta suerte, la flexibilidad:

- i) se enfrenta, en primer lugar, a la rigidez inherente a las normas jurídicas conduciendo a admitir ciertas limitaciones características del propio proceso referidas a los derechos y garantías fundamentales de carácter procesal, a la seguridad jurídica y la previsibilidad de las normas; así, en materia probatoria, la actitud abierta de los tribunales arbitrales en orden a la admisión podría beneficiar el desarrollo del proceso si existiese una mayor precisión en las normas aplicables en el arbitraje;
- ii) se vuelve contra la rapidez y la naturaleza pretendidamente más expeditiva, al menos en comparación con los procesos judiciales, cuando las partes ejercen una excesiva influencia sobre el procedimiento y el calendario procesal (22);
- iii) es susceptible de producir vacíos procesales que permitan a los árbitros imponer, aunque lo sea con la mejor intención, sus propias convicciones procesales en perjuicio de una de las partes que no proviene del círculo jurídico en que se fundamentan.

Sentado que los requisitos obligatorios de las debidas garantías procesales son de suma importancia en el arbitraje internacional, el problema es fijar los contornos entre al alcance de los postulados de igualdad de trato y de equidad procesal, de un lado, y la eficiencia procesal, de otro lado. Los usuarios del arbitraje internacional tienden a preocuparse por las demoras y los elevados gastos del arbitraje.

6. La exigencia de un procedimiento con todas las garantías, como condición al pronunciamiento de un laudo, deriva de la necesidad de proporcionar a las partes que intervienen en el arbitraje la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos. Por esa razón la observancia de la equidad procesal (garantías procesales) está incorporada en el arbitraje como mecanismo indiscutible, sustitutorio del equivalente con el que cuentan las partes cuando solicitan la justicia de un tribunal nacional. Dado que las violaciones de la equidad procesal básica dan lugar a sanciones, los árbitros deben ser conscientes de la importancia del respeto al régimen pertinente de las debidas garantías procesales aplicable en las diferentes etapas de las actuaciones arbitrales (23). Si bien las fuentes pueden variar, es probable que el núcleo del principio de las debidas garantías procesales siga siendo el mismo, pero sus especificaciones tendrán que fluctuar nuevamente y ajustarse a las diferentes culturas jurídicas.

Precisamente la existencia del apuntado particularismo permite que una decisión procesal de los árbitros pueda desviarse de la comprensión de una de las partes sobre la integridad del procedimiento. Las prácticas constitutivas de la equidad procesal en un concreto sistema jurídico pueden no ser operativas en otro, por ser contrarias a la ética o por estar prohibidas. Con el fin de promover una óptima administración de justicia paralela a la del Estado, los árbitros también tienen el deber de ser eficientes. Partiendo del denominado «triángulo mágico», diseñado por J. Risse en el ámbito del arbitraje de inversiones (24), cabe considerar que la equidad procesal debe prevalecer en todo caso para que el laudo arbitral sea reconocido y ejecutable, sirviendo el aludido triángulo para encontrar el equilibrio entre los ángulos conformados por la «autonomía de las partes», el «debido proceso» y la «eficiencia del proceso».

Sentado que los requisitos obligatorios de las debidas garantías procesales son de suma importancia en el arbitraje internacional, el problema es fijar los contornos entre al alcance de los postulados de igualdad de trato y de equidad procesal, de un lado, y la eficiencia procesal, de otro lado

Puesto que los laudos arbitrales son definitivos y vinculantes y no pueden ser recurridos en cuanto al fondo, las disposiciones procesales obligatorias desempeñan un peso crucial en el sistema de salvaguardia de la revisión judicial de los laudos arbitrales. Por consiguiente, el mero objetivo de alcanzar un procedimiento eficiente no puede superar con facilidad una mala práctica en orden a las debidas garantías procesales. La ineficiencia no puede acarrear consecuencias graves en el laudo, a

menos que, de hecho, cause una injusticia grave, de acuerdo con ciertas leyes de arbitraje. Por lo tanto, el debido proceso y la eficiencia pueden considerarse las dos caras de la misma moneda. La misión de los árbitros será entonces encontrar el delicado equilibrio entre las dos. Sin embargo, como observó William Park (25), la sanción por el incumplimiento del deber de justicia de un árbitro conlleva cierta ironía pues, como regla general, las sanciones no recaen directamente sobre el árbitro que ha incumplido su deber, sino en la parte vencedora, que debe sufrir las consecuencias la anulación de un laudo por incumplimiento por el árbitro de una regla procesal fundamental.

III. ABUSO DEL PROCEDIMIENTO EN SEDE ARBITRAL

1. Estrategias claramente abusivas

7. Una cosa es la estrategia procesal, referida a la forma en que se utilizan las reglas de procedimiento y que no es necesariamente ilegítima y otra muy distinta las tácticas dilatorias (26) cuando tienen tal carácter con la intención de aprovecharse de los beneficios o privilegios procesales como cauce para otros fines. Siendo una de las funciones de un buen abogado elegir la estrategia más adecuada para ganar el caso, semejante actuación no debe ser objeto de reproche, sino todo lo contrario (27). No puede decirse lo mismo del empleo de maniobras procesales claramente abusivas, entorpecedoras del procedimiento y contrarias a la lealtad procesal (28), mediante el empleo de instrumentos o de reglas procesales para fines ajenos a aquellos para los que se establecieron (29). Ciertamente la estrategia dilatoria *stricto sensu* y el abuso del derecho tienen puntos de convergencia, y hay que reconocer que sus líneas divisorias, no están claramente definidas, lo que obliga a indagar en la intencionalidad de quien las instrumenta para perjudicar a la contraparte y, en tal caso, apreciar su carácter abusivo o puramente dilatorio. Por ejemplo, cuando son formuladas para permitir a los abogados de una de las partes gestionar unas agendas colmadas de compromisos simultáneos. También es probable que las partes demoren el establecimiento del tribunal arbitral para obstruir el inicio del procedimiento y, por ende, que se no llegue en su día, o se dilate en exceso, el pronunciamiento de un laudo que tiene una alta probabilidad de ser desfavorable para la persona que realiza semejante estratagema.

Tanto en los litigios ante la jurisdicción como en los arbitrajes muchas de las tácticas dilatorias son expresión clara de que una parte se niega a cooperar con la otra utilizándose con distintas finalidades, desde el retraso del fallo hasta causar incomodidad al adversario. Algunas de ellas constituyen actuaciones intencionales e ilícitas por parte de uno de los litigantes, destinadas a ganar tiempo en el curso de un procedimiento en detrimento de su oponente. Este fenómeno no es nuevo y ya hace varias décadas se advierte cómo el desarrollo del arbitraje internacional está plagado de conducta procesales indeseadas (30), *véritables plaies de l'arbitrage* (31), sin que ello implique que el procedimiento afectado por tales prácticas deje de suministrar una solución eficiente, rápida y económica de la concreta controversia involucrada. Desde un punto de vista sociológico, estas tácticas divergentes ilustran de como el arbitraje internacional no es tan homogéneo como lo era antes, volviéndose cada vez más complejo y fragmentado y, en algunos casos, más polarizado (32).

8. En los últimos decenios, los abogados en los arbitrajes han desarrollado una gran variedad de estrategias procesales, a veces de gran sofisticación, destinadas a socavar y perjudicar a sus

ponentes y a aumentar las posibilidades de que las reclamaciones principales prevalezcan (33) . Estas actividades, que traicionan la lealtad y se convierten en un abuso del derecho, lastran las actuaciones y dilatan extraordinariamente la duración total del proceso son variadas y de distinto alcance pues van desde incidentes en orden a la competencia de los árbitros, hasta cuestiones de pluralidad de partes, pluralidad de procesos que generan acumulaciones y litispendencia, o que pueden producir cosa juzgada, entre otras (34) , y también se extienden las medidas prearbitrales en foros incompetentes, o en la promoción de «torpedos» (35) o de anulaciones infundadas (36) . Con mayor precisión podemos referirnos, a título de ejemplo, a reclamaciones al tribunal arbitral dirigidas a la alteración del número de árbitros, o a recusaciones de los árbitros sin fundamento, que tienen como denominador común dar lugar a incidentes que es preciso resolver puntualmente para la prosecución del arbitraje, garantizando en cada uno de ellos la contradicción y el derecho de defensa. Pero hay tácticas más sutiles como la presentación de grandes cantidades de documentos inmediatamente antes del comienzo de una audiencia probatoria para obstaculizar los preparativos de la contraparte, la adición de pretensiones a lo largo del procedimiento arbitral, la modificación de la línea de defensa más allá de lo racionalmente previsible, o la bifurcación sin una base sólida del procedimiento. El «abuso de procedimiento» implica, pues, que aunque un demandante tiene un derecho procesal válido, no puede ejercerlo porque su ejercicio impide al tribunal estar en disposición de disponer efectivamente sus funciones. De ahí la reafirmación de la facultad inherente del tribunal de impedir un uso indebido del procedimiento, aunque la conducta de la parte no sea incompatible con la aplicación literal de las reglas procesales (37) . El objetivo, en suma, es luchar contra los comportamientos patológicos que emanan de litigantes de mala fe empleando cualquier artimaña para alimentar las tácticas de dilación. El contexto de una actuación de este tipo es casi siempre el mismo: la interrupción de las actuaciones y, muy a menudo, el alargamiento del procedimiento (38) , no planteando a los árbitros especiales problemas rechazarlas, salvo los derivados del incremento de sus actuaciones.

2. Estrategias susceptibles de vulnerar las reglas del debido proceso (39) .

9. La tipología de estas situaciones, que colocan a los árbitros ante el dilema de garantizar el desarrollo del procedimiento en tiempo y forma respetando el derecho de las partes al debido proceso, es muy variada, *v.gr.*, solicitudes de prórroga de un plazo al margen del calendario procesal, presentación de documentos después de una fecha límite o introducción de una nueva demanda o petición de la reprogramación de una audiencia en el último momento (40) .

La respuesta a estas estrategias puede estar condicionada en los medios arbitrales por la denominada «paranoia del debido proceso» (*due process paranoia*) (41) , concretada en la preocupación de que las decisiones de los árbitros acerca de estas solicitudes puedan sustentar un recurso de anulación ante la jurisdicción estatal promovido, bien por la parte solicitante si no ha conseguido su propósito, bien por la contraparte, en caso de que el árbitro la conceda, por considerar vulnerado el principio de igualdad con la consiguiente indefensión. Y esta preocupación puede conducir a los árbitros a practicar una serie de comportamientos como, a título de ejemplo: a) conceder repetidas prórrogas de tiempo a petición de una de las partes; b) aceptar múltiples enmiendas a los escritos presentados por las partes; c) admitir la introducción tardía de nuevas pruebas; d) acceder a solicitudes de última hora para reprogramar las audiencias orales o a la

presentación de escritos totalmente superfluos; e) conceder a las partes un tiempo adicional, aceptando la presentación fuera de plazo de nuevas demandas, o f) celebrar audiencias innecesariamente largas, incluso cuando ello va en contra del principio de eficiencia contemplado en el reglamento de arbitraje.

10. Ante semejantes posibilidades no es descartable que la referida «paranoia» lleve al árbitro a conceder peticiones procesales poco razonables, prolongando así el procedimiento innecesariamente. Esto ni beneficia a las partes ni al inherente atractivo del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias, chocando el cumplimiento de dicho objetivo con la reticencia de muchos tribunales para hacer frente a situaciones que comportan abuso del derecho. Y ello se debe, en primer lugar, a la inexistencia de reglas claras tanto en los reglamentos de arbitraje como en las leyes nacionales, que no acostumbran a incluir normas específicas sobre el abuso de procedimiento. En segundo lugar, a la prevención del tribunal arbitral a pronunciarse sobre una cuestión que puede ser impugnada con motivo en el trámite del recurso de anulación. Por último, por la falta de disponibilidad de una reparación efectiva (42).

Es cierto que la práctica no evidencia un especial interés de los árbitros por introducirse en este terreno proceloso del control del abuso del derecho por las partes, pero determinados comportamientos de éstos pueden ser una fuente efectiva de actuaciones procesales innecesarias, con el fin de salvaguardar la futura validez y exigibilidad del laudo. Por eso se apunta desde determinados medios, no ajenos a intereses, a las ventajas de contar con árbitros verdaderamente experimentados, que estén en disposición de infundir la confianza necesaria a las partes para evitar todos los posibles malentendidos y llevar a cabo el procedimiento, sin depender de un conjunto de normas innecesariamente exhaustivas. La tarea de los árbitros será establecer las reglas básicas del juego, aplicándolas con inteligente firmeza y mediante el establecimiento de reglas procesales verdaderamente adecuadas al caso que se ventila (43). Pero con ello el problema no se disipa, requiriendo la decisión de los árbitros un respaldo de cierta solidez.

No es descartable que la «paranoia del debido proceso» lleve al árbitro a conceder peticiones procesales poco razonables, prolongando así el procedimiento innecesariamente

11. Y aunque no sirva para disipar todas las dudas, puede coadyuvar a una cierta certidumbre doctrina sobre anulación elaborada por los tribunales de la sede del arbitraje. Si nos referimos a España podemos encontrar algunas líneas de actuación no especialmente contundentes pero sí orientativas:

- i) *Pertinencia de la solicitud.* Corresponde a la parte impugnante una justificación precisa de su petición pues de acuerdo a la STSJ Castilla—La Mancha CP 1ª 2 marzo 2016: «... 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» (44). Y abundando en aspectos concretos la STSJ Madrid CP 1ª 7 mayo 2019 entiende que, «la denegación del interrogatorio de parte ha sido cabal y, desde luego, ajena a cualquier idea de indefensión constitucionalmente relevante» (45); y la STSJ Madrid CP 1ª 12 septiembre 2019, que en el caso: «la prueba rechazada, tal y como fue propuesta, era de una falta de especificidad que justifica plenamente la decisión del árbitro, no reveladora de prejuicio alguno» (46).

- ii) *Motivación por el árbitro de su decisión.* Partiendo de que entra dentro de las facultades del árbitro la admisión e inadmisión de las pruebas (art. 25.2.º LA/2003), en este último caso, cuando resulten impertinentes o inútiles, sin que tal decisión afecte al derecho de defensa, como afirma la STSJ Asturias CP 1ª 15 enero 2014, «salvo que se acredite la indefensión por resultar las pruebas inadmitidas indebidamente o la decisión carente de la más elemental motivación» (47). En orden a la extemporaneidad en la proposición de la prueba la STSJ Madrid CP 1ª 10 junio 2013 considera que «se erige como un primer motivo legítimo para su rechazo de plano por el árbitro, que, en ese momento procesal, estaba facultado —no forzado— a acordar la práctica de las pruebas que estimare pertinentes para la resolución de la controversia. Propuesta así esa prueba en un período procesal inidóneo, su rechazo por el árbitro fue suficientemente motivada» (48). Y respecto a la denegación por el árbitro de una prueba testifical, la STSJ País Vasco CP 1ª 15 noviembre 2019 sostuvo que este último lo hizo «de una forma suficientemente razonada (...) por considerar que no era necesaria para la resolución de la cuestión sometida a su apreciación, por lo que considerando que las razones que expresa el árbitro no son irracionales ni arbitrarias, ninguna vulneración del derecho a la prueba» (49).
- iii) *Respeto de los principios de igualdad, audiencia, contradicción y defensa.* Siguen nuestros tribunales la orientación manifestada en el ap. VI del Título V de la Exposición de Motivos de la LA/2003, según la cual, «la Ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es». En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes la STSJ Madrid CP 1ª 28 abril 2015 considera 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 (...). En este caso se han respetados los principios de igualdad, audiencia, contradicción y defensa, pues se han cumplido las normas del procedimiento ya que, en cuanto a la cuestión debatida en primer lugar (...) las razones de la no práctica de la prueba, y que determinaron la denegación de la misma (...) no se practicó por causa imputable a la demandante (...), por tanto no podemos hablar de indefensión, pues tal y como hemos expuesto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, la no práctica de la prueba debe ser imputable al Tribunal o al árbitro, lo que no tiene lugar en el presente caso» (50). La libertad de las partes y la flexibilidad a la hora de decidir sobre la admisión y la práctica de la prueba por parte de los árbitros no «pueden comprometer al respeto del derecho de defensa», siendo la STSJ Cataluña CP 1ª 27 julio 2015 consciente de que aunque el art. 29.2.º LA permite —«salvo acuerdo en contrario de las partes»— que las partes puedan modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales

«les esté permitido a los árbitros considerar improcedente la modificación o la ampliación «por razón de la demora con que se hubiere hecho» (51) . Por último, respecto de la presentación tardía de la prueba documental como estrategia procesal entiende la STSJ Madrid CP 1ª 12 septiembre 2019 que «no puede la hoy demandante alegar indefensión por el hecho de que la UD L.P. presentase prueba documental el último día del plazo hábil para hacerlo, y no se otorgase al S.FC un nuevo plazo adicional para proponer más prueba conducente a contrarrestar la de contrario. El derecho a la igualdad de partes no se ha visto conculcado pues las dos dispusieron en el seno del procedimiento arbitral de idénticas oportunidades para proponer los medios de los que intentaban valerse en defensa de sus respectivas pretensiones» (52) .

IV. ABUSO DEL PROCEDIMIENTO EN SEDE JURISDICCIONAL

12. La mecánica procesal no es precisamente sencilla siendo cada vez más frecuente observar cómo antes del procedimiento arbitral, o cuando ya se ha iniciado, se plantean toda clase de cuestiones en sede jurisdiccional con el propósito de interferir en el arbitraje (53)

- i) La situación más común es promover un litigio para discutir específicamente la existencia del convenio arbitral o de su eficacia, anticipándose a la decisión que adopte el tribunal arbitral sobre esta cuestión, a efectos de admitir o rechazar una declinatoria (54) . La verificación de la eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales se vincula al conjunto de elementos y condiciones que deben concurrir en dicho convenio para que la competencia de los árbitros se considere derogada. Fuera de las concretas pugnas que se puedan establecer entre las partes al respecto, la cuestión así planteada es de una enorme relevancia. No debe perderse de vista que las jurisdicciones estatales son «naturalmente» competentes para conocer en todos aquellos casos para los que su ordenamiento les atribuya competencia judicial internacional. Ahora bien, el efecto negativo del convenio arbitral se manifiesta en su dimensión procesal imposibilitando a los tribunales y jueces de la jurisdicción estatal entrar a conocer del mismo asunto. Como es lógico, el mayor auxilio que puede dispensar un juez al desarrollo del procedimiento arbitral es inhibirse totalmente en los litigios sobre los que entiendan los árbitros (55) . Con ello se evita también la posibilidad de procesos paralelos que pudieran aparecer si tanto el juez como el árbitro, este último en aplicación del principio *kompetenz—kompetenz*, se consideran facultados para seguir adelante. Cabe añadir que cuando las partes celebran un contrato que contiene una cláusula de arbitraje válida y una de ellas presenta una demanda ante un tribunal nacional, para evitar su conocimiento por un tribunal arbitral, esa parte no comete *prima facie* ningún abuso de procedimiento (56) , pero la infracción del acuerdo de arbitraje puede dar derecho a la otra parte a solicitar acciones ante un tribunal nacional o a reclamar daños y perjuicios ante un tribunal arbitral.
- ii) También es frecuente, sobre todo en los sistemas del *common law*, la solicitud ante el juez de una medida antiproseso o *antisuit injunction* (57) . Las medidas antiproseso promovidas por una de las partes en el procedimiento, que acostumbra a ponerse en marcha por considerar irregular la existencia del procedimiento, pueden en efecto dirigirse a los árbitros, ordenando la detención del procedimiento arbitral. En este caso, la discusión no se plantea en términos de colisión entre jurisdicciones estatales, sino en el ámbito de las relaciones entre jurisdicción y arbitraje.

- iii) Cabe la posibilidad de que se plantee ante la jurisdicción la misma cuestión para la que se pactó el arbitraje a fin de provocar situaciones de litispendencia o prejudicialidad en el arbitraje, introduciendo o no en dicha cuestión otras que puedan dar lugar en sede arbitral a alguna objeción sobre su arbitrabilidad (cada vez con menos probabilidades, ciertamente, como sucedía, por ejemplo, con las cuestiones de derecho de la competencia u originadas por la denominada prejudicialidad penal) (58) . Ahora bien, como regla general, en el caso de un arbitraje ya iniciado es dable que exista la tentación de contemplar el caso como una cuestión de litispendencia, aplicando por analogía las reglas de litispendencia interna, que puede beneficiar la competencia judicial frente a la arbitral, por el mero hecho de la prioridad temporal en la presentación de la demanda. Este planteamiento es erróneo: si existe un acuerdo arbitral válido y eficaz no puede haber litispendencia (59) .

- iv) La multiplicación de centros de arbitraje en los últimos años, así como la existencia de amplias ofertas de jurisdicción, ha dado lugar a una situación bastante peculiar donde una controversia, derivada del mismo conjunto de hechos, pueden someterse a diferentes órganos judiciales internacionales (60) . Estos «procedimientos paralelos», al ser susceptibles de utilizarse como una especie de táctica «guerrillera» para retrasar sustancialmente las actuaciones, y tal vez también para impedir la ejecución del laudo arbitral, complican y retrasan la solución del litigio, consumiendo recursos de tiempo y dinero, pues únicamente pueden ponerse en marcha cuando la parte que los promueve cuenta con suficientes recursos. En el peor de los casos pueden dar lugar a la emisión de sentencias o laudos contradictorios y, por tanto, correr el riesgo de que los largos y costosos procedimientos no tengan sentido en su conjunto. Ha de advertirse, sin embargo, que una de las condiciones previas para que puedan existir procedimientos paralelos entre los tribunales estatales y los tribunales arbitrales es la aceptación internacional del principio de competencia—competencia, que ha sentado las bases para que los tribunales arbitrales decidan sobre la cuestión, haciendo que la realización de los procedimientos arbitrales sea independiente del apoyo o de la intervención judicial desde el propio inicio del litigio. Como corolario cabe extraer de esta situación que el creciente reconocimiento del efecto negativo del convenio arbitral asegura la armonía en las relaciones entre el ordenamiento jurídico arbitral y el ordenamiento jurídico estatal, aunque la tentación de recurrir a la intervención judicial pueda tensar esas relaciones (61) .

- v) Cabe también la posibilidad de reclamaciones frente a sujetos para los cuales la extensión subjetiva del convenio arbitral pueda ser dudosa, tal como sucede en los denominados arbitrajes complejos, multiparte o multicontrato, a fin de obstaculizar o bloquear el inicio o el curso del arbitraje (62) .

El equilibrio entre la discrecionalidad arbitral y la flexibilidad procesal es un activo muy valioso que permite a los árbitros responder con eficiencia a situaciones y escenarios imprevisibles en el momento de la planificación del procedimiento

V. RETORNO A LA RAZÓN

13. En los últimos años, ha aumentado la invocación injustificada de solicitudes procesales bajo la bandera del debido proceso. En función de la escasez de jurisprudencia consistente sobre el debido proceso, muchos abogados se han sentido estimulados para utilizar indebidamente los argumentos sobre el debido proceso como una herramienta estratégica, poniendo así en riesgo la perspectiva de obtener un laudo ejecutable en procedimientos expeditos. Como excepción a dicha escasez y en un fallo considerado como el «retorno a la razón» (63), la decisión n.º 94 de 2018 en el asunto *China Machine New Energy Corporation v Jaguar Energy Guatemala LLC and another*, el Tribunal de Apelación de Singapur expresó su preocupación por el abuso contenido en las quejas sobre el debido proceso y la justicia natural en el contexto de los procedimientos de arbitraje. Para abordar esta cuestión y reducir las posibilidades de abuso, dicho tribunal proporcionó ciertas orientaciones sobre el equilibrio que debe alcanzarse entre las genuinas preocupaciones por el debido proceso y el deber legítimo del tribunal de garantizar una resolución rápida y eficiente de la controversia en cuestión. Entre otras cosas, afirmó que:

«While due process serves to protect the legitimacy of the process, some have warned of the need to scrutinise due process arguments so as to guard against their being wielded cynically and improperly to attack the award (see Lucy Reed, 'Ab(use) of Due process: Sword vs Shield' (2017) 33 Arbitration International 361 at 376). It has been suggested that such misuse of due process complaints can lead to defensive procedural decision—making on the part of the tribunal in an effort to safeguard its award. This can be problematic not only because the parties are exposed to delays and increased costs as a consequence, but, more importantly, because it undermines and cheapens the real importance of due process in international arbitration, and over time, this can erode the legitimacy of arbitration as a whole and its critical role as a mode of binding dispute resolution» (64)

Utilizar el debido proceso como argumento estrella ha resultado traumático para los árbitros, permitiendo en ciertos casos desviaciones del procedimiento establecido para evitar futuras impugnaciones del laudo. La práctica apunta a que la actitud reticente o no de los árbitros no es proclive al particularismo, dependiendo del procedimiento arbitral y de la sede donde este tenga lugar, y que no está aún generalizada una actitud proactiva en la administración del procedimiento.

El equilibrio entre la discrecionalidad arbitral (65) y la flexibilidad procesal es un activo muy valioso que permite a los árbitros responder con eficiencia a situaciones y escenarios imprevisibles en el momento de la planificación del procedimiento (66) y superar la denominada «paranoia del debido proceso» ante el temor de que el laudo sea anulado. Para ello es preciso disponer de sólidos argumentos procesales para combatir a las partes recalcitrantes o de mala fe distinguiendo cuándo está justificada la solicitud basada en el debido proceso ante el tribunal arbitral, y cuándo se trata de un abuso que el árbitro debe rechazar en beneficio de una gestión arbitral ordenada y eficaz.

14. Dos son las posibilidades para adoptar una decisión más relajada y evitar el consiguiente trauma. La primera aboga por la presencia, en la configuración del ejercicio de la discrecionalidad procesal

de los árbitros, de herramientas adecuadas suministradas por las instituciones arbitrales (67) y de reglas derivadas de los códigos de «buenas prácticas» con un doble propósito: aliviar las preocupaciones de los árbitros y aumentar la seguridad jurídica y la previsibilidad de sus actuaciones de gestión procesal (68), pero siempre quedarán situaciones no cubiertas. La segunda, el buen conocimiento de la jurisprudencia de anulación de laudos existente en el lugar de la sede del arbitraje, que permita insertar en el laudo arbitral, con carácter preventivo, los argumentos favorables a la adopción de la medida solicitada siempre que el ejercicio de la discrecionalidad sea razonable y se base en motivos objetivos (69).

Con independencia de la valoración que merezca la figura del «árbitro proactivo» (70), es evidente que los árbitros cuentan con un importante margen de discrecionalidad para dirigir las actuaciones arbitrales tanto con arreglo a las leyes como a los reglamentos de arbitraje. Un margen que comprende poderes para sancionar a las partes que no actúan de conformidad con las reglas de la buena fe procesal, a través de la aplicación del principio de «inferencia adversa» o de «presunción desfavorable» en relación con el consentimiento de las partes en la producción de pruebas (71) y que podría alcanzar a una actividad sancionadora en materia de costes como un medio para la gestión eficaz de los casos (72).

BIBLIOGRAFÍA

- ANCEL, J.-P., «La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international», *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, París Dalloz, 2000, pp. 161 ss.
- BAO, C., «Return to Reason: Reigning in Runaway *Due process* Claims», *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n.º 1, 2021, pp. 59-70.
- BERGER, K.P. y JENSEN, J.O., «*Due process* paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators», *Arb. Int'l*, 2016, pp. 415-435.
- BERGER, K.P. y JENSEN, J.O., «The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n.º 3, 2017, pp. 887-917.
- BERNINI, G., «The Future of Arbitration: Flexibility or Rigidity?», *Arbitration insights: twenty years of the annual lecture of the School of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 47-62.
- BLACKABY N., PARTASIDES, C. *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed, Kluwer Law International — Oxford University Press, 2015.
- BOLARD, G., «Les Principes Directeurs du procès arbitral», *Rev. arb.*, 2004, pp. 511 ss.
- BONOMI, A. y BOCHATAY, D., «Litispence et procédures parallèles dans l'arbitrage à l'aune de l'expérience suisse», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor*

José Carlos Fernández Rozas, Cizur Menor, Civitas, 2020 , pp. 575-578.

BRABADERE, E., «'Good Faith», «Abuse of Process» and the Initiation of Investment Treaty Claims», *J. Int'l Disp. Settlement*, vol. 3, n.º 3, 2012, pp. 609-636.

BROWN, C., «The Relevance of the Doctrine of Abuse of Process in International Adjudication», *Transnational Dispute Management*, 2011, pp. 2 ss

BYERS, M., «Abuse of Rights: An Old, Principle», *A New Age, McGill L J.*, vol. 47, 2002, pp. 389-431.

CAIRNS, D.J.A., «Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration», *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 291-307.

CASTEDO, F., «Prejudicialidad civil y penal en el proceso arbitral, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 493-511.

CREMADES, B., «La buena fe en el arbitraje internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, n.º 1, 2012, pp. 13-36.

CREMADES, B., «The Use and Abuse of 'Due process' in International Arbitration», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n.º 3, 2016, pp. 661-676.

CROWTER, H.S. y TOBIN, A.G.V., «Ensuring That Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution: Some Practical Considerations», *J Int'l Arb*, vol. 19, n.º 4, 2002, pp. 301-312.

DE FONTMICHEL, A., «Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique», *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n.º 2, pp. 407 ss.

ELSING, A.H., «Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds», *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2011, n.º 3, pp. 114-123.

FAVALLI, D., «An Overview of Existing Para—Regulatory Texts ('PRTs'): Analysis, Facts and Figures», *The Sense and Non—sense of Guidelines, Rules and other Para—Regulatory Texts in International Arbitration* (D. Favalli, ed.), ASA Special Series N.º 37, Huntington (NY), JurisNet, 2015, pp. 1-16.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *Diez años de Jurisprudencia Arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., «Anti—suit injunctions et arbitrage commercial international: mesures adressées aux parties et au tribunal arbitral, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 575-586 .

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Anti—Suit Injunctions Issued by National Courts. Measures Addressed to the Parties or the Arbitrators», en *IAI Series on International Arbitration*, n.º 2 (E. Gaillard, ed.), Nueva York—Berna, 2005, pp. 605-637.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Concurrencia del árbitro y del juez en el control del convenio arbitral», *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 97-154.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje* 2022 (en prensa).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 58-62.

FERRARI, F., ROSENFELD, F.J. y CZERNICH, D., *Due process as a limit to discretion in international commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

FORTIER, L.Y. «The Minimum Requirements of *Due process* in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration — 'A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts'», *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, La Haya, Kluwer Law International, 1999. pp. 396-408.

FOUCHARD, Ph., «Ou va l'arbitrage international?», *McGill L.J.*, vol. 34, 1989, pp. 435 ss.

GAILLARD, E., «Abuse of Process in International Arbitration», *ICSID Review*, 2017, vol. 32, n.º 1, pp. 17-37.

GAILLARD, E., «Dialogue des ordres juridiques: ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques», *Rev. arb.*, 2018, n.º 3, pp. 493-512.

GAILLARD, E., «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1990, n.º 4, pp. 759 ss.

GAILLARD, E., «Switzerland Says Lis Pendens Not Applicable to Arbitration», *New York L.J.*, 7 agosto 2006.

GAILLARD, E., «The Sociology of International Arbitration», *Arb Int'l*, vol. 31, 2015, pp. 1-17.

GIEMZA, W., «The Principle of 'Adverse Inferences' In International Arbitration: Is Cour d'Appel Paving The Way For Civil Law Jurisdictions?», [<https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/610888/the-principle-of-adverse-inferences39-in-international-arbitration-is-cour-d39appel-paving-the-way-for-civil-law-jurisdictions>];].

GIL MINGUILLÓN, S., *La litispendencia arbitral internacional: extensión de la eficacia del convenio*, Universidad de La Rioja, Serv. de Publicaciones, 2014.

- GÓMEZ JENE, M., «Art. 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi—Pérez Llorca, 2005, pp. 259-262.
- GUZMÁN FLUIJA, V., «Art. 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011* (S. Barona Vilar, coord^a.), 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1158 ss.
- HANOTIAU, B., «L'arbitre, garant du respect des valeurs de l'arbitrage», *Global Reflections on International Law Commerce and Dispute Resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, París, ICC Publ., 2005, pp. 365-375.
- HASCHER, D., «Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 279, 1999, pp. 3 ss.
- HERNÁNDEZ—GIL ÁLVAREZ—CIENFUEGOS, A., *Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones*, en *Libro conmemorativo de los 25 años de la Corte Civil y Mercantil* (J.F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, eds.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 83-91.
- HERRMANN, G., «Power of Arbitrators to Determine Procedures under the Uncitral Model Law», *Planning Efficient Arbitration Proceedings: the Law Applicable in International Arbitration* (A.J. Van Den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 39 ss.
- HOYOS SANCHO, M. de: «Artículo 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje* (V. Guilarte Gutiérrez y J.B. Mateo Sanz, eds.), Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 459-477.
- JARVIN, S., «The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers», *Arb. Int'l*, vol. 2, n.º 1, 1986, pp. 140-163, reproducido en *Contemporary Problems in International Arbitration* (J.D.M. Lew, eds.), Dordrecht Springer, 1987, pp. 50-72.
- KINDLER, P., «Torpedo Actions and the Interface between Brussels I and International Commercial Arbitration», *Recasting Brussels I* (F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, eds.), Pádua, Cedam, 2012, pp. 57-70.
- KUBALCZYK, A.M., «Evidentiary Rules in International Arbitration — A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation», *Groningen J. Int'l L.*, vol. 3, n.º 1, 2015, pp. 85-109.
- LEAHY, E.R. y BIANCHI, C.J., «The Changing Face of International Arbitration», *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n.º 4, 2000, pp. 51 ss.
- LEVY, D., *Les abus de l'arbitrage commercial international*, París, L'Harmattan 2015.
- MAYER, P., «Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law», *Rev. arb.*, 1995, pp. 163 ss.
- MAYER, P., «Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage commercial international»,

Liber Amicorum Claude Reymond, París Litec, 2004, pp. 196 ss.

MOSES, M.L., «Inherent and Implied Powers of Arbitrators», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford (UK), Oxford University Press, 2016, pp. 209-221.

ORTSCHEIDT, J., «Illustration du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage», *Justice et Cassation, La loyauté*, París, Dalloz, 2014, pp. 87 ss.

PARK, W.W., «Arbitration's Protean Nature: The Value Of Rules And The Risks Of Discretion», *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 19, n.º 5, 2004, pp. 3 ss.

PARK, W.W., «Procedural Default Rules Revisited», *Arbitration Insights Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (J. Lew & L. Mistels, eds.), Cohasset, USA, 2006, pp. 360 ss.

PARK, W.W., «The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One—for—all nor All—for—one», *Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator* (Y. Derains y L. Lévy, eds.), Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2011, pp. 25 ss.

POLKINGHORNE, M. y BRUMPTON, P., «Decision of the Paris Court of Appeal on «adverse inferences» doctrine» [<https://www.whitecase.com/publications/alert/decision—paris—court—appeal—adverse—inferences—doctrine>].

POLKINGHORNE, M. y GILL, B.A., «Due process Paranoia: Need We Be Cruel to Be Kind», *J. Int'l Arb.*, vol. 34, n.º 6, 2017, pp. 935-946.

PONNIYA, N. y ALLEN, R., «Due process Paranoia in International Arbitration: Singapore Court of Appeal Provides Useful Guidance to Tribunals», *Global Arbitration News*, 8 junio 2020.

PRUJINER, A., «L'arbitre et le droit», *McGill J. Disp. Resol.*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 83-94.

RADICATI DI BROZOLO, L.G., «Illicéité «qui crève les yeux»: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international : à propos de l'arrêt Thalès de la cour d'appel de Paris», *Rev. arb.*, 2005, pp. 527 ss.

RAMPALL, Y.D. y FEEHILY, R., «The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium», *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 23, 2018, pp. 345-403.

REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, De conflictu Legum, 2000.

RISSE, J., «Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings», *Arb. Int.*, vol. 23, n.º 3, 2013, pp. 4 ss.

RUHLMANN, F. y GUTKES, O., «L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux: remèdes souhaitables», *Rev. dr. aff. int.*, 1995, n.º 4, pp. 449-464.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «Anti—suit injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una liaison dangereuse», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 1, 2009, pp. 15-27.

STUTZER, H., «Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The «Referentenaudienz» — the «Zurich—Way» of settling the Case», *ASA Bull.*, vol. 35, n.º 3, 2017, pp. 589-608.

VAN DE VELDEN, J.B., «Chapter 9: Abuse of process in international arbitration», en *Conflict of laws in international commercial arbitration* (F. Ferrari y S. Kröll, eds.), NY, JurisNet, 2019.

VAN HOUTTE, H., «Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 28 ss.

VERCAUTEREN, L., «Note and Comment: The Taking of Documentary Evidence in International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 23, 2012, pp. 341 ss.

WALKER, J., «The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process», *Global Arbitration Review: The Guide to Evidence in International Arbitration* (Law Business Research, 2021) [<https://globalarbitrationreview.com/guide/the—guide—evidence—in—international—arbitration /1st—edition/article/the—prague—rules—fresh—prospects—designing—bespoke—process>].

(1)

Vid. mi estudio, «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje* 2022 (en prensa).

Ver Texto

(2) H.S. Crowter y A.G.V. Tobin, «Ensuring That Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution: Some Practical Considerations», *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n.º 4, 2002, pp. 301-312

Ver Texto

(3) B.M. Cremades, «The Use and Abuse of «Due process» in International Arbitration», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n.º 3, 2016, pp. 661-676.

Ver Texto

(4) Según el Informe del Secretario General «Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional (A/CN.9/207)»: «Probablemente el principio más importante sobre el que la ley modelo debería basarse es el de la libertad de las partes para facilitar el funcionamiento apropiado del arbitraje comercial internacional, de conformidad con sus expectativas. Esto les permitiría someter

libremente sus controversias al arbitraje y adaptar las «reglas de juego» a sus necesidades específicas» (*Anuario CNUDMI*, vol. XII, 1981, p. 76). *Vid.* L. Vercauteren, «Note and Comment: The Taking of Documentary Evidence in International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 23, 2012, pp. 341 ss; A.M. Kubalcyk, «Evidentiary Rules in International Arbitration — A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation», *Groningen J. Int'l L.*, vol. 3, n.º 1, 2015, pp. 85-109.

[Ver Texto](#)

- (5) Ello se refleja en las leyes seguidoras del tenor de la Ley Modelo Uncitral (LMU), que regula esta cuestión en su art. 19, como en aquellas otras que integran el postulado (*v.gr.* §1042 CPC Alemania; § 594 CPC Austria; art. 1700. 1º CPC Bélgica; art. 1464; LA España, art. 25.1º; CPC Francia, art. 816 bis CPC; ACA India, art. 19.2º; LAV Portugal, art. 6; LA Rusia, 19.1º LDIPr Suiza, art. 182) con algunas matizaciones tendentes, en la mayor parte de los casos, a reforzar el peso de los reglamentos de los centros de arbitraje. Y lo mismo ocurre en los sistemas del *common law* (N. Blackaby, C. Partasides, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed, Kluwer Law International — Oxford University Press, 2015, p. 356.)..

[Ver Texto](#)

- (6) S. Jarvin, «The sources and limits of the arbitrator's powers», *Contemporary Problems in International Arbitration* (J.D.M. Lew, eds.), Dordrecht Springer, 1987, pp. 50-72; Y.D. Rampall y R. Feehily, «The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium», *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 23, 2018, pp. 345-403.

[Ver Texto](#)

- (7) Siguiendo esta orientación unificadora en España el art. 25.2º LA, es taxativo a este punto al determinar que «A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración». *Vid.* M. de Hoyos Sancho, «Artículo 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje* (V. Guilarte Gutiérrez y J.B. Mateo Sanz, eds.), Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 459-477. M. Gómez Jene, «Art. 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi—Pérez Llorca, 2005, pp. 259-262; V. Guzmán Fluija, «Art. 25. Determinación del procedimiento», *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011* (S. Barona Vilar, coordª.), 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1158 ss, *Vid.* P. Mayer, «Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law*», *Rev. arb.*, 1995, pp. 163 ss; G. Herrmann, «Power of Arbitrators to Determine Procedures under the Uncitral Model Law», *Planning Efficient Arbitration Proceedings: the Law Applicable in International Arbitration* (A.J. Van Den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 39 ss, esp. p. 40.

[Ver Texto](#)

- (8) D. Hascher, «Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 279, 1999, pp. 59 ss, esp. pp. 74-82.

[Ver Texto](#)

- (9) *Inc.*, 577 So .2d 1131, 1135 (La. Ct. App. 1991) [<https://casetext.com/case/in-re-us-turnkey-exp-psi-inc>].
- Ver Texto
- (10) A. Prujiner, «L'arbitre et le droit», *McGill J. Disp. Resol.*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 83-94.
- Ver Texto
- (11) *V.gr.* Art . 26 Regl. Mod. Club Español del Arbitraje (2019) dispone que «Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, los árbitros dirigirán el procedimiento arbitral del modo que consideren apropiado en cada caso, evitando retrasos o gastos innecesarios, a fin de asegurar una resolución rápida y eficiente de la disputa, observando siempre el principio de igualdad de las partes y dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer». Y a continuación enumera sin carácter exhaustivo, las facultades que comprende esta facultad de los árbitros.
- Ver Texto
- (12) J. Walker, «The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process», *Global Arbitration Review: The Guide to Evidence in International Arbitration* (Law Business Research, 2021) [<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/the-prague-rules-fresh-prospects-designing-bespoke-process>].
- Ver Texto
- (13) Apunta a este respect W.W. Park que: «*Like a bespoke tailor, the creative arbitrator cuts the procedural cloth to fit the particularities of each contest, rather than forcing all cases into the type of ill-fitting off-the-rack litigation garment found in national courts*» (cf., «Arbitration's Protean Nature: The Value Of Rules And The Risks Of Discretion», *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 19, n.º 5, 2004, p. 3).
- Ver Texto
- (14) B. Hanotiau, «L'arbitre, garant du respect des valeurs de l'arbitrage», *Global Reflections on International Law Commerce and Dispute Resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, París, ICC Publ., 2005, pp. 365-375.
- Ver Texto
- (15) M.L. Moses, «Inherent and Implied Powers of Arbitrators», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford (UK), Oxford University Press, 2016, pp. 209-221.
- Ver Texto
- (16) STSJ Andalucía CP 1ª 24 octubre 2016: «las partes firmantes dejaron en libertad al árbitro designado, tanto la decisión sobre admisibilidad y utilidad de las pruebas propuestas por las partes, como su práctica, pudiendo llevar a cabo cuantas pruebas periciales estimara oportunas. Y eso es lo que ocurrió en el presente caso que si bien la parte demandante solicitó una serie de pruebas que no fueron

practicadas, fácilmente se desprende del contenido del laudo que las mismas no se consideraron necesarias a fin de resolver las cuestiones que se le planteaban, estimando el árbitro suficientes las documentales y periciales aportadas por las partes y aquellas otras que él consideró pertinentes acordar de oficio» (J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez, *Diez años de Jurisprudencia Arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021 —en adelante *DAJAE*—, n.º 640)

[Ver Texto](#)

(17) F. Ruhlmann y O. Gutkes, «L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux: remèdes souhaitables», *Rev. dr. aff. int.*, 1995, n.º 4, pp. 449-464; E.R. Leahy y C.J. Bianchi, «The Changing Face of International Arbitration», *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n.º 4, 2000, pp. 51-52.

[Ver Texto](#)

(18) STSJ Madrid CP 1ª 7 febrero 2017: «... 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. 29.2.º, 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 como hemos analizado, aunque con respeto de los principios establecidos como esenciales en la propia Ley de Arbitraje (art. 24), igualdad, audiencia y contradicción, y de defensa (*DAJAE*, n.º 629). *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 58-62.

[Ver Texto](#)

(19) G. Bolard, «Les Principes Directeurs du procès arbitral», *Rev. arb.*, 2004, p. 511.

[Ver Texto](#)

(20) ICC Commission Report, «Decisions on Costs in International Arbitration» [2015] *ICC Disp Res Bull* 1, 3, para 7. art. 9.8º IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2020.

[Ver Texto](#)

(21) W.W. Park, «Procedural Default Rules Revisited», *Arbitration Insights Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (J. Lew & L. Mistels, eds.), Cohasset, USA, 2006, pp. 360 ss.

[Ver Texto](#)

(22) A. Hernández—Gil Álvarez—Cienfuegos, *Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones*, en *Libro conmemorativo de los 25 años de la Corte Civil y Mercantil* (J.F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, eds.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 83-91.

[Ver Texto](#)

- (23) S. Jarvin, «The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers», *Arb. Int'l*, vol. 2, n.º 1, 1986, pp. 140-163.
- [Ver Texto](#)
- (24) J. Risse, «Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings», *Arb. Int.*, vol. 23, n.º 3, 2013, p. 4.
- [Ver Texto](#)
- (25) W.W. Park, «The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One—for—all nor All—for—one», *Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator* (Y. Derains y L. Lévy, eds.), Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2011, p. 25.
- [Ver Texto](#)
- (26) E. Gaillard, «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1990, n.º 4, p. 759.
- [Ver Texto](#)
- (27) D.J.A. Cairns, «Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration», *Liber amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 291-307.
- [Ver Texto](#)
- (28) J. Ortscheidt, «Illustration du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage», *Justice et Cassation, La loyauté*, Paris, Dalloz, 2014, p. 87.
- [Ver Texto](#)
- (29) Sentencia *Cour d'appel Paris* 18 novembre 2004 (*Thales*): «la loyauté et la bonne foi procédurale dans l'arbitrage international impose bien aux parties de faire connaître leurs demandes le plus tôt possible, et notamment au stade de l'acte de mission où sont récapitulées les prétentions sur lesquelles portera l'instruction, de manière à éviter qu'une demande qui aurait pu et dû être soulevée ne le soit par la suite dans un but purement dilatoire ou par simple négligence» (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, p. 104 y nota de S. Bollée; *Journ. dr. int.*, 2005, 357 y nota de A. Mourre; *vid.* L.G. Radicati di Brozolo, «Illicéité «qui crève les yeux»: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international : à propos de l'arrêt Thalès de la cour d'appel de Paris», *Rev. arb.*, 2005, p. 527.
- [Ver Texto](#)
- (30) Ph. Fouchard, «Ou va l'arbitrage international?», *McGill L.J.*, vol. 34, 1989, pp. 435 ss, esp. p. 436.
- [Ver Texto](#)
- (31) J.—P. Ancel, «La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international», *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris Dalloz, 2000, pp. 161 ss, esp. p. 166.
- [Ver Texto](#)

(32) E. Gaillard, «The Sociology of International Arbitration», *Arb Int'l*, vol. 31, 2015, pp. 1-17.

[Ver Texto](#)

(33) E. Gaillard, «Abuse of Process in International Arbitration», *ICSID Review*, 2017, vol. 32, n.º 1, pp. 17-37.

[Ver Texto](#)

(34) P. Mayer, «Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage commercial international», *Liber Amicorum Claude Reymond*, París Litec, 2004, p. 196.

[Ver Texto](#)

(35) P. Kindler, «Torpedo Actions and the Interface between Brussels I and International Commercial Arbitration», *Recasting Brussels I* (F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, eds.), Pádua, Cedam, 2012, pp. 57-70.

[Ver Texto](#)

(36) D. Levy, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, París, L'Harmattan 2015.

[Ver Texto](#)

(37) *Vid. v.gr.*, ILA Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report: «'Res judicata » and Arbitration (2004).

[Ver Texto](#)

(38) A. De Fontmichel, «Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique», *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n° 2, pp. 407 ss.

[Ver Texto](#)

(39) L.Y. Fortier, «The Minimum Requirements of *Due process* in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration — «A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts'», *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, La Haya, Kluwer Law International, 1999. pp. 396-408.

[Ver Texto](#)

(40) K.P. Berger y J.O. Jensen, «*Due process* paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators», *Arb. Int'l*, 2016, pp. 415-435.

[Ver Texto](#)

(41) Según los resultados de la 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* elaborado por la Queen Mary University de Londres y por White & Case: «*One issue that merits special attention is the phenomenon that an interviewee dubbed 'due process paranoia'.*»

This issue was repeatedly raised in responses, including in nearly all the personal interviews. «Due process paranoia» describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully. Many interviewees described situations where deadlines were repeatedly extended, fresh evidence was admitted late in the process, or other disruptive behaviour by counsel was condoned due to what was perceived to be a concern by the tribunal that the award would otherwise be vulnerable to challenge. Notably, even arbitrators identified this phenomenon as both problematic and commonplace. Indeed, many revealed in interviews that this concern has influenced decisions they have made when sitting as arbitrator. Interviewees were generally sympathetic to the reasons behind tribunals» caution. However, they often expressed the view that some of arbitration's more prevalent problems, such as lack of speed and increased cost, are partly rooted in this due process paranoia. Some believed that this phenomenon was innate to international arbitration, as a dispute resolution mechanism originating in, and shaped by, party autonomy»

[< https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf>].

Ver Texto

(42) J.B. Van de Velden, «Chapter 9: Abuse of process in international arbitration», en *Conflict of laws in international commercial arbitration* (F. Ferrari y S. Kröll, eds.), NY, JurisNet, 2019.

Ver Texto

(43) G. Bernini, «The Future of Arbitration: Flexibility or Rigidity?», *Arbitration insights: twenty years of the annual lecture of the School of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 47-62, esp. p. 54.

Ver Texto

(44) *DAJEA*, n.º 676.

Ver Texto

(45) *Ibíd.*, n.º 692.

Ver Texto

(46) *Ibíd.*, n.º 681.

Ver Texto

(47) *Ibíd.*, n.º 1021.

Ver Texto

(48) *Ibíd.*, n.º 669.

Ver Texto

(49) *Ibíd.*, n.º 683.

[Ver Texto](#)

(50) *Ibíd.*, n.º 673.

[Ver Texto](#)

(51) *Ibíd.*, n.º 675.

[Ver Texto](#)

(52) *Ibíd.*, n.º 682.

[Ver Texto](#)

(53) A. De Fontmichel, «Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale...», *loc. cit.*, pp. 407 ss.

[Ver Texto](#)

(54) J.C. Fernández Rozas, «Concurrencia del árbitro y del juez en el control del convenio arbitral», *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 97-154.

[Ver Texto](#)

(55) «*Si le juge coupe l'herbe sous les pieds des arbitres, l'arbitrage n'a plus de raison d'être*» (cf. H. Van Houtte, «Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale», *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, p. 28).

[Ver Texto](#)

(56) El art. 7 del Código civil español establece que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». Por ello, añade «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso» (*vid.*, asimismo art. 11.21 LOPJ y art. 247 LEC). La prohibición del abuso de derecho o de su ejercicio antisocial es una clara consecuencia normativa de la buena fe como principio general del Derecho. Esta noción utilizada en el arbitraje comercial internacional, posee una especial dimensión desde la perspectiva del Derecho internacional general (M. Byers, «Abuse of Rights: An Old, Principle», *A New Age, McGill L J.*, vol. 47, 2002, pp. 389-431) y ha sido desarrollada especialmente en el ámbito del arbitraje de inversiones (E. Brabudere, «'Good Faith', «Abuse of Process» and the Initiation of Investment Treaty Claims», *J. Int'l Disp. Settlement*, vol. 3, n.º 3, 2012, pp. 609-636). *Vid.* B. Cremades, «La buena fe en el arbitraje internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, n.º 1, 2012, pp. 13-36, esp. p. 17.

[Ver Texto](#)

(57) J.C. Fernández Rozas, «Anti—Suit Injunctions Issued by National Courts. Measures Addressed to the Parties or the Arbitrators», en *IAI Series on International Arbitration*, n.º 2 (E. Gaillard, ed.), Nueva York—Berna, 2005, pp. 605-637; *id.*, «Anti—suit injunctions et arbitrage commercial international: mesures

adressées aux parties et au tribunal arbitral, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pp. 575-586; M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, De conflictu Legum, 2000; S. Sánchez Lorenzo, «Anti—suit injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una liaison dangereuse», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 1, 2009, pp. 15-27.

[Ver Texto](#)

(58) S. Gil Minguillón, *La litispendencia arbitral internacional: extensión de la eficacia del convenio*, Universidad de La Rioja, Serv. de Publicaciones, 2014; F. Castedo, «Prejudicialidad civil y penal en el proceso arbitral, en *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del XXX aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 493-511.

[Ver Texto](#)

(59) El laudo interlocutorio CCI n.º 10.158 de 30 noviembre 2000 (*CCT v. FCC*) declaró la competencia del tribunal arbitral considerando que el procedimiento arbitral no tenía por qué verse influenciado por las normas procesales panameñas sobre la competencia judicial de sus tribunales y los medios de impugnarla, pero, al mismo tiempo los tribunales panameños también se declararon competentes sobre el asunto. Dicho el laudo arbitral fue recurrido ante el Tribunal Federal suizo que el 14 mayo 2001 decretó su nulidad y la consecuente incompetencia del tribunal arbitral sobre el asunto. La referida decisión del Tribunal Federal trajo como consecuencia la enmienda por parte del legislador suizo del Capítulo XII de la LDIPr suiza, aprobándose un nuevo art. 186 (1bis) que reconoce la facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia, pese a la existencia de un proceso judicial pendiente por el mismo asunto, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado o ante otro tribunal arbitral, a menos que existan razones serias para aplazar el procedimiento. *Vid.* E. Gaillard, «Switzerland Says Lis Pendens Not Applicable to Arbitration», *New York L.J.*, 7 agosto 2006; A. Bonomi y D. Bochatay, «Litispendence et procédures parallèles dans l'arbitrage à l'aune de l'expérience suisse», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 575-578.

[Ver Texto](#)

(60) C. Brown, «The Relevance of the Doctrine of Abuse of Process in International Adjudication», *Transnational Dispute Management*, 2011, p. 2

[Ver Texto](#)

(61) E. Gaillard, «Dialogue des ordres juridiques: ordre juridique arbitral et ordres juridiques étatiques», *Rev. arb.*, 2018, n.º 3, pp. 493-512.

[Ver Texto](#)

(62) A. Hernández—Gil Álvarez—Cienfuegos, «Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones», *loc. cit.*, pp. 83-91.

[Ver Texto](#)

(63) C. Bao, «Return to Reason: Reigning in Runaway *Due process* Claims», *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n.º 1, 2021, pp. 59-70.

Ver Texto

(64) ([2020] SGCA 12 [https://www.elitigation.sg/gdviewer/SUPCT/gd/2020_SGCA_12]). Vid. N. Ponniya y R. Allen, «*Due process* Paranoia in International Arbitration: Singapore Court of Appeal Provides Useful Guidance to Tribunals », *Global Arbitration News*, 8 junio 2020.

Ver Texto

(65) STSJ País Vasco CP 1.ª 25 septiembre 2012: «En defecto de acuerdo, los árbitros tendrán plena discrecionalidad para determinar el procedimiento en la forma que estimen oportuna, salvaguardando esas mismas exigencias imperativas y disposiciones del reglamento arbitral, sabiendo que la libertad de las partes para configurar las reglas del procedimiento y la discrecionalidad del árbitro al respecto, se encuentra, por supuesto, limitada por las mínimas exigencias que impone el derecho a un proceso debido» (DAJAE, n.º 721).

Ver Texto

(66) K.P. Berger y J.O. Jensen, «*Due process* paranoia and the procedural judgment rule...», *loc. cit.*, pp. 415-435, esp. p. 417.

Ver Texto

(67) M. Polkinghorne y B.A. Gill, «*Due process* Paranoia : Need We Be Cruel to Be Kind», *J. Int'l Arb.*, vol. 34, n.º 6, 2017, pp. 935-946.

Ver Texto

(68) D. Favalli, «An Overview of Existing Para—Regulatory Texts ('PRTs'): Analysis, Facts and Figures», *The Sense and Non—sense of Guidelines, Rules and other Para—Regulatory Texts in International Arbitration* (D. Favalli, ed.), ASA Special Series N° 37, Huntington (NY), JurisNet, 2015, pp. 1-16, esp. pp. 14-15.

Ver Texto

(69) Resulta de interés para la consulta a la jurisprudencia estatal relevante sobre el debido proceso como límite a la discrecionalidad en el arbitraje el libro editado por F. Ferrari, F.J. Rosenfeld y D. Czernich, *Due process as a limit to discretion in international commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

Ver Texto

(70) A.H. Elsing, «Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds», *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2011, n.º 3, pp. 114-123; K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n.º 3, 2017, pp. 887-917; H.

Stutzer, «Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The «Referentenaudienz» — the «Zurich—Way» of settling the Case», *ASA Bull*, vol. 35, n.º 3, 2017, pp. 589-608.

Ver Texto

(71) Con apoyo, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 9.6º de la Reglas de la IBA de 2020 sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional («*If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party*»). La aplicación por el tribunal arbitral del principio de «inferencia adversa» o de «presunción desfavorable» fue confirmado por la Sentencia de la *cour d'appel de Paris, Pôle 1, chambre 1*, de 28 de febrero de 2017, que rechazó un recurso de anulación parcial por el hecho de que los árbitros «*majoritaires ont, en réalité fondé leur décision sur les pièces soumises à l'audit et ne se sont référés au défaut de production par Dresser-Rand des rapports d'UBS et de KPMG que de manière surabondante*». Esta decisión tiene el mérito de enfatizar una de las cuestiones más importantes derivadas de la prueba en el arbitraje y la necesidad de conferir poderes a los árbitros para sancionar a las partes que no actúan de conformidad con las reglas de la buena fe procesal en lo que concierne a la aportación de documentos. W. Giemza, «The Principle of «Adverse Inferences» In International Arbitration: Is Cour d'Appel Paving The Way For Civil Law Jurisdictions?», [<https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/610888/the-principle-of-adverse-inferences39-in-international-arbitration-is-cour-d39appel-paving-the-way-for-civil-law-jurisdictions>]; M. Polkinghorne y P. Brumpton, «Decision of the Paris Court of Appeal on «adverse inferences» doctrine» [<https://www.whitecase.com/publications/alert/decision-paris-court-appeal-adverse-inferences-doctrine>]. *Vid.* mis consideraciones en «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *loc. cit.*, n.º 48 y bibliografía allí citada.

Ver Texto

(72) *Ibid.*, n.º 49 con apoyo documental y bibliográfico.

Ver Texto

Daños y perjuicios en arbitraje de inversión: una primera cartografía

Damages in Investment arbitration: an initial outline

El análisis de las reclamaciones pecuniarias en el marco del arbitraje de inversión es un tema complejo cuyo marco teórico plantea múltiples interrogantes. Los tribunales arbitrales han venido aplicando criterios dispares sobre cuestiones tan relevantes a efectos del cálculo de la indemnización como el estándar de indemnización aplicable o la fecha de valoración. En la práctica se observa un esfuerzo cada vez mayor de los tribunales a motivar y justificar su decisión sobre el *quantum*. Gracias a este esfuerzo, es posible comenzar a sistematizar mejor la discusión de los diversos temas. Ello permite perfilar ya algunos contornos y apuntar las cuestiones que merecerán ulterior desarrollo.

Indemnización de daños y perjuicios, reparación, restitución, arbitraje de inversión, criterios y estándares de indemnización, fecha de valoración, expropiación, tratamiento justo y equitativo.

Analysing monetary claims in investment arbitration is no easy task. Its theoretical framework raises many questions. Arbitral tribunals have applied diverse criteria on issues as important to calculating damages as are the estándar applicable compensation or the valuation date. In practice, though, tribunals seem to be making a special effort to reason and justify their *quantum* rulings. We can therefore now start structuring the discussion better around the various issues. This enables us to clear up some of the most prominent debates and point to the issues that need to be developed further.

Damages and compensation, reparation, restitution, investment arbitration, damages criteria and standards, valuation date expropriation, expropriation, fair and equitable treatment.



Ángela Gil Arrondo

Grupo de Daños de Uría Menéndez



Heidi López Castro

Grupo de Daños de Uría Menéndez**Cristian Gual Grau***Grupo de Daños de Uría Menéndez*

I. INTRODUCCIÓN

Frente al análisis detallado que la determinación de la vulneración de cualquier estándar de protección generalmente conlleva, a los tribunales arbitrales de inversión se les acusa a menudo, con o sin justicia, de dedicar demasiado poco espacio a las consecuencias derivadas de dicha vulneración en la motivación de sus laudos. Por «consecuencias» nos referimos a la justificación de los remedios a los que el inversor puede tener derecho y a las razones de su concreta determinación en el caso particular. Dentro de dichos remedios y aunque no es el único disponible, el de la reparación del daño causado a través de una indemnización de daños y perjuicios reviste una importancia primordial.

Esta acusación no termina de estar en sintonía con la tendencia observable a lo largo de la última década. Ya en 2015 y 2017, la auditora PricewaterhouseCoopers («PWC») concluía, tras analizar una muestra de ciento veintidós laudos de arbitraje de inversión en los que se otorgaba una indemnización al inversor, que: a) los tribunales arbitrales dedicaban cada vez más páginas a explicar la base de la cuantificación de los daños realizada; b) explicaban su enfoque de los daños con mayor profundidad, y c) abordaban cuestiones de valoración más complejas de lo que históricamente habían hecho (1).

Este mayor esfuerzo de plasmación del razonamiento del tribunal no ha zanjado, ni ha dado una respuesta definitiva a los múltiples interrogantes que se suscitan en relación con un tema tan complejo como el que nos ocupa. Lo cierto es que la gran diversidad de la casuística inherente al ámbito del arbitraje de inversión haría de por sí prácticamente imposible tal hazaña. Sin embargo, sí ha permitido distinguir con mayor claridad la postura adoptada por los tribunales sobre cuestiones controvertidas (fecha y criterios de valoración del daño, estándar de prueba, causalidad, etc.). En definitiva, nos ayuda a entender el razonamiento que ha llevado a un tribunal a otorgar un determinado remedio y, en su caso, cómo se ha realizado su cuantificación.

Este artículo no pretende dar respuesta a todos estos interrogantes (cada uno de ellos tiene entidad suficiente para ser tratado de forma monográfica), pero sí extraer de forma resumida y

sistematizada las principales conclusiones que sobre algunos de estos interrogantes nos han brindado los últimos laudos.

II. LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA ¿QUÉ CRITERIOS EXISTEN PARA EL ANÁLISIS DE DAÑOS DERIVADOS DE INCUMPLIMIENTOS DE DIVERSAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN?

No existe duda, en la práctica arbitral, de que la vulneración por parte del Estado de alguna de las protecciones de las que disponen los inversores en el marco del sistema de protección de las inversiones conlleva la obligación por parte del Estado de remediar dicho incumplimiento, lo que en la mayoría de los casos se materializa a través de la concesión de una indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios sufridos por el inversor.

Sin embargo, los remedios disponibles y los criterios para su concreción no suelen desarrollarse en los principales instrumentos normativos relevantes para la materia, que son, como es sabido, los tratados bilaterales de inversión («TBIs»), los tratados multilaterales de inversión («TMIs») y los tratados de libre comercio («TLC»), que también incluyen reglas de protección de los inversores extranjeros. Ello obliga a los tribunales a acudir con regularidad tanto al derecho internacional público como a antecedentes arbitrales que les sirvan de referencia, adaptándolos a las circunstancias del caso, todo ello dentro de los límites de lo que las propias partes solicitan al tribunal.

Como decíamos, el conjunto ya considerable de laudos disponibles constituye un acervo del que pueden comenzar a extraerse algunas conclusiones o, cuando menos, observaciones suficientes como para ir perfilando los contornos de un remedio cuya importancia parece claro que seguirá creciendo en los próximos años. Así, por ejemplo, empieza a ser relevante preguntarse hasta qué punto existen rasgos diferenciales entre la metodología seguida por los tribunales arbitrales a la hora de analizar los remedios disponibles frente a una expropiación y frente a una vulneración de algún otro estándar de protección, como, por ejemplo, el estándar de trato justo y equitativo.

1. Remedios frente a una expropiación

El Derecho internacional público y los tratados reconocen el derecho soberano del Estado a expropiar, si bien se le exige habitualmente que cualquier expropiación haya sido adoptada a) por un motivo de utilidad pública, b) con arreglo al debido procedimiento legal, c) de manera no discriminatoria y d) que vaya acompañada de la compensación correspondiente. La mayoría de los TBIs, TMIs y TLC prevén explícitamente la obligación de compensar al inversor y contienen los principios y las bases que deben regir a efectos del cálculo de esa compensación debida.

Gran parte de los TBIs, TMIs y TLC suelen exigir que la compensación sea «pronta, adecuada y efectiva» (2) o «justa». Además, muchos tratados modernos prevén, a efectos del cálculo de la compensación, que esta debe ser equivalente al «valor justo de mercado» de la inversión objeto de expropiación (3). Algunos ya fijan incluso la fecha de valoración en el momento justo antes de la expropiación o justo antes de conocerse que la expropiación va a tener lugar (4).

Nótese el uso consciente del término «compensación», que no «indemnización». Aunque en la práctica arbitral ambos conceptos tienden a usarse de forma indistinta, queremos con ello diferenciar, al menos de forma teórica, la consecuencia de un acto ilícito (la obligación de indemnizar el daño que de dicho acto se derive), frente al requisito que muchos tratados imponen al Estado para poder expropiar bienes del inversor extranjero (que la expropiación vaya acompañada de una compensación). En este último caso, no nos encontramos ante una indemnización de daños en el sentido tradicional del término dado que una expropiación supone, sí, una lesión patrimonial para el inversor, pero una lesión que el inversor tiene obligación jurídica de soportar en la medida, claro está, en que se lleve a cabo cumpliendo con los requisitos debidos.

Esta distinción nos permite, a su vez, abordar uno de los primeros interrogantes que con frecuencia deben responder los tribunales arbitrales: si la falta de compensación (en los términos fijados en los tratados) convierte un acto del Estado en principio «lícito» (expropiar) en ilícito. Como pone de manifiesto el tribunal arbitral del caso *Saint-Gobain c. República Bolivariana de Venezuela*:

«El Tribunal observa que la jurisprudencia existente a la que se refieren las Partes en relación con la cuestión de si el incumplimiento del requisito de especificar y/o pagar rápidamente la indemnización hace que la expropiación sea ilegal, parece ser incoherente. Esto indica que las circunstancias individuales de cada caso, así como la norma individual del TBI jugaron un papel decisivo para la conclusión del tribunal respectivo» (5).

Por un lado, nos encontramos con decisiones arbitrales en las que el pago de una «compensación pronta y adecuada» o, al menos, el ofrecimiento de pago de una compensación, se consideró esencial para que una expropiación se considerara lícita. Esta es la postura que adoptaron, por ejemplo, los tribunales de los casos: *Un glaube v. Costa Rica* (6), *Pezold v. Zimbabwe* (7) y *ConocoPhillips c. Venezuela* (8).

Por otro lado, algunos tribunales llegaron a la conclusión de que la falta de pago de una compensación no convertía, *per se*, una expropiación en ilícita si se daban el resto de requisitos establecidos (*i.e.* según el tratado, que se haya hecho la expropiación con motivo de interés público, que no sea discriminatoria y que haya sido adoptada conforme a un procedimiento legal). Véase en este sentido los casos de *Santa Elena c. Costa Rica* (9) y *Southern Pacific Properties c. Egipto* (10) en los que se consideró que la expropiación era lícita pese a la falta de compensación.

La cuestión reside entonces en tratar de deslindar si, y en qué medida, esta distinción entre una expropiación lícita e ilícita puede afectar a los remedios a disposición del inversor y a la determinación de la compensación o indemnización a la que tenga derecho.

A) **Remedios disponibles frente a la expropiación lícita o ilícita**

La práctica arbitral sí parece ser cuasi unánime en que una expropiación lícita no puede acarrear las mismas consecuencias que una expropiación ilícita y que, por lo tanto, la «licitud» o «ilicitud» de una expropiación sí es relevante para la determinación de los remedios disponibles para el inversor ante la expropiación (11).

Los tribunales arbitrales suelen basar su razonamiento en el desarrollado en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów* («Sentencia Chorzów») (12), para diferenciar, de forma más o menos explícita, entre la obligación primaria de «compensar», frente a la obligación secundaria de «indemnizar».

El análisis parte de que la expropiación es un ejercicio del derecho de un Estado de su soberanía territorial, siempre y cuando, esta se lleve generalmente a cabo (salvando las diferencias que puedan existir entre tratados) por motivo de interés público, no sea discriminatoria, haya sido adoptada conforme a un procedimiento legal y vaya acompañada del pago de una compensación al inversor (obligación primaria).

Sin embargo, si la expropiación no cumple con los requisitos anteriores (o, cuanto menos, con los requisitos de interés público, no discriminación y adopción conforme a un procedimiento legal), estaremos ante la vulneración de una obligación internacional por parte del Estado. Esto es, ante un acto internacionalmente ilícito del que se deriva para el Estado una obligación de reparación del daño causado a consecuencia de la conducta ilícita (obligación secundaria). En este segundo caso, se pone a disposición del inversor los remedios propios del Derecho internacional público (13) (la restitución en especie, la satisfacción y la indemnización pecuniaria (14)) y el estándar es el de la reparación integral del daño, que consiste en «*dejar al inversor en la situación en la que estaría de no haberse cometido el acto internacionalmente ilícito*» (15).

Este razonamiento es acogido, por ejemplo, por el tribunal arbitral del caso *Tidewater c. Venezuela*, cuando concluye que «*la indemnización por una expropiación legal es una compensación justa representada por el valor de la empresa en el momento de la desposesión y la reparación en caso de expropiación ilegal es la restitución en especie o su equivalente monetario*» (16). La diferencia parece casi natural: en una expropiación lícita no se puede, por ejemplo, permitir (ni tan siquiera de forma teórica) la restitución sin menoscabar el derecho soberano del Estado a expropiar.

También existen decisiones arbitrales que, sin negar lo anterior, o bien han entendido que la distinción carecía de relevancia a efectos prácticos del cálculo de la indemnización, o no han entrado a hacer la citada distinción. Esto, a menudo, vino motivado por la forma en la que los propios inversores demandantes plantearon sus reclamaciones, solicitando una indemnización calculada sobre la base de los criterios previstos para la compensación bajo el tratado aplicable, independientemente de la licitud e ilicitud de la expropiación (17).

Apuntamos ya sin pretensión de ser exhaustivos (como decíamos este tema podría ser el objeto de un monográfico) que, efectivamente, la cuestión de si la ausencia de compensación determina que una expropiación sea lícita o no podría, en ciertos casos, ser irrelevante a efectos del remedio efectivo que se otorga al inversor. Una estricta aplicación de los criterios antes establecidos, podría llevar en un caso u otro al mismo resultado: el otorgamiento de una compensación calculada conforme al tratado aplicable junto con sus correspondientes intereses.

Y es que, si bien la cuestión de los remedios disponibles frente a una expropiación lícita o ilícita parece, cuanto menos en la teoría, relativamente clara, sigue derivando varios interrogantes sobre el

propio cálculo de la compensación u indemnización, como el que abordamos a continuación sobre la fecha de valoración.

B) El debate sobre la fecha de valoración

Otra de las cuestiones controvertidas en este campo es la de la fecha de valoración. Esta cuestión es particularmente acuciante en los casos de expropiaciones ilícitas, de expropiaciones indirectas o de «*creeping expropriations*» (expropiaciones que se llevan a cabo mediante una sucesión de actos del Estado en un período más o menos extendido de tiempo) (18).

En efecto, la determinación de la fecha de valoración puede tener un impacto determinante en la cuantía de la indemnización otorgada por la fluctuación del valor de la inversión a lo largo del tiempo.

Varios tribunales arbitrales han señalado la fecha del laudo como la fecha de valoración a la hora de calcular la indemnización derivada de expropiaciones ilícitas, atendiendo a criterios de derecho internacional consuetudinario previstos en relación con la aplicación del estándar de reparación íntegra del daño (19).

Sin perjuicio de lo anterior, también existen decisiones de tribunales arbitrales en las que se utiliza la fecha de expropiación como la fecha de referencia a efectos del cálculo de la indemnización, pese a que el estándar de indemnización aplicable en muchos de esos casos fuese el mismo: el de la reparación integral del daño (20).

Según el tribunal arbitral del caso *ADC c. Hungría* lo anterior podría deberse a que el valor de la inversión expropiada en muchas ocasiones se ha visto reducido a fecha del laudo y, por tanto, el valor de la inversión expropiada a fecha de la expropiación actuaría de límite mínimo del importe de la indemnización (21).

La decisión del tribunal arbitral del caso *Yukos c. La Federación de Rusia* ha ido un paso más allá, concluyendo que en los casos de expropiación ilícita el inversor puede elegir entre la fecha de la expropiación y la fecha del laudo a efectos del cálculo de la indemnización (22).

Por lo que se refiere a las «*creeping expropriations*» nos encontramos nuevamente con decisiones arbitrales dispares. Por un lado, algunos tribunales han establecido en estos casos la fecha de valoración en una fase relativamente tardía, cuando la privación de los derechos de propiedad había devenido irreversible (23). El principal problema que podría plantear este criterio es el de no tener en cuenta la pérdida de valor que el bien expropiado podría haber sufrido por los actos tempranos del Estado. Precisamente para tratar de evitar estas situaciones, existen decisiones en las que se ha tomado como fecha de valoración los eventos iniciales del proceso de expropiación (24). Por último, existen también casos en los que los tribunales arbitrales han llegado a situaciones en las que la fecha de valoración se ha fijado en un momento intermedio (25).

Como se puede observar, el debate sobre este punto sigue abierto con soluciones, cuanto menos en apariencia, dispares. Será tal vez necesario buscar una respuesta más uniforme a estas cuestiones, a

las que subyacen consideraciones potencialmente atinentes incluso a la naturaleza de la acción indemnizatoria ejercitada. La necesidad de desarrollar criterios y análisis más sofisticados en relación con la relación de causalidad entre los actos que constituyen la vulneración decretada y el daño efectivamente sufrido por el inversor también incide en el tema. Nuevamente, nos limitamos aquí a apuntar a estas posibles vías de reflexión para su futuro desarrollo.

2. **Indemnización derivada de la vulneración del resto de estándares de protección**

La tutela frente a las expropiaciones padecidas por el inversor ha sido sin duda el campo con mayor desarrollo. Ello es coherente, se podría decir, con la historia y evolución misma del Derecho de protección de inversiones extranjeras. No debe sorprender, entonces, que la atención prestada a la especificidad de los remedios frente a la vulneración del resto de estándares de protección (*v.gr.*, el estándar de trato justo y equitativo o el de protección y seguridad plenas) haya sido distinta.

Aunque las cláusulas que regulan el objeto del laudo en algunos tratados de inversión hacen referencia a los daños sufridos por el inversor (26), no encontramos, sin embargo, disposiciones que desarrollen los criterios de indemnización aplicables.

Nuevamente, los tribunales arbitrales suelen recurrir a los criterios indemnizatorios previstos por el Derecho internacional consuetudinario. En particular, los tribunales arbitrales (27) acuden al estándar de reparación integral del daño sentado en la Sentencia Chorzów ya citada, posteriormente codificado en el art. 31 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (28).

En este sentido, el estándar de reparación integral del daño que contiene el derecho internacional consuetudinario consiste en «[...] *en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido*» (29). Es, como se ve y a diferencia de lo que ocurre con la compensación derivada de una expropiación lícita, un criterio más propiamente o más puramente indemnizatorio, de finalidad explícitamente resarcitoria o restitutoria, que persigue, por lo tanto, dejar al inversor en la situación en la que se encontraría en caso de que el ilícito no se hubiera producido.

En contraste con la clara naturaleza resarcitoria del remedio, el resto de cuestiones pueden considerarse todavía bastante abiertas. A continuación reseñamos algunas de las discusiones más frecuentes.

A) **Alcance de la indemnización**

Para determinar el alcance de la indemnización, los tribunales arbitrales suelen recurrir a los criterios establecidos al respecto en el derecho consuetudinario (30) que, como hemos recordado, establecen un estándar de reparación integral del daño.

A este respecto, el derecho internacional consuetudinario establece que el alcance de la indemnización a) cubre los daños padecidos por el acto ilícito (*v.gr.*, la vulneración del estándar de protección en cuestión) siempre y cuando exista una conexión causal entre uno y otro. Por tanto, el

inversor debe probar la relación de causalidad entre el ilícito alegado y el daño que afirma derivado de su comisión (31); b) incluye el valor pecuniario equivalente a la restitución en especie y demás daños y perjuicios sufridos no cubiertos por el valor de la restitución en especie, siempre que estos sean susceptibles de evaluación financiera y c) la fecha de valoración, por su parte, será la fecha del laudo (32).

Con respecto al alcance de la indemnización, el tribunal arbitral del caso *Burlington c. Ecuador*, al analizar la Sentencia *Chorzów*, concluye que

«... de la sentencia del Tribunal se pueden extraer tres conclusiones fundamentales: (i) en virtud del principio de reparación íntegra de reparación integral, los daños y perjuicios deben ser un sustituto de la restitución imposible; (ii) dado que los daños deben sustituir a la restitución, deben valorarse en la fecha en que se concede la indemnización; y (iii) los tribunales tienen plena discreción para evaluar las valoraciones a efectos de determinar el importe a conceder» (33).

B) Criterios para el cálculo de la indemnización

Como hemos visto, el principio de reparación integral establecido en la Sentencia *Chorzów* relaciona el importe de la «indemnización» con el concepto de restitución. En la práctica, los tribunales arbitrales acuden a la indemnización pecuniaria en lugar de a la restitución en especie porque, en muchos de los casos, esta última a) no es posible o b) no interesa otorgarla, ya sea porque puede plantear problemas adicionales en sede de ejecución de las posibles decisiones arbitrales (34) o porque la inversión objeto de expropiación ha perdido su valor, ha desaparecido o ha sido convertida a otro uso, etc.

En los casos anteriores, como señala la Corte Permanente de Justicia Internacional, la indemnización pecuniaria debe incluir el equivalente a la restitución en especie y, en la medida en que la restitución o su equivalente monetario por sí solos no compensen todos los daños sufridos por el inversor afectado, la norma de reparación plena exige que el inversor reciba también una indemnización por las pérdidas derivadas de la conducta ilícita (35).

Con base en los criterios de la Sentencia *Chorzów*, los inversores han podido recuperar daños tan diversos como la pérdida de fondo de comercio (36), costes de transporte y almacenamiento, costes de un préstamo, costes de subsanación del ilícito (37), costes de negociación (38), pérdida de sinergias y de oportunidades, daños reputacionales o los costes administrativos y judiciales incurridos, siempre que sean susceptibles de valoración y derivados «*con toda probabilidad*» del acto ilícito (39).

Otro de los temas ampliamente debatidos en el marco del arbitraje de inversión —y otro que merecería tratamiento monográfico—, es el relativo a la posibilidad de incluir en el monto de la indemnización daños morales. En la práctica, los tribunales de inversiones han abordado los daños morales con escepticismo. Así, aunque han aceptado sistemáticamente que están facultados para concederlos, existen muy pocos casos en los que las reclamaciones de daños morales hayan prosperado (40).

C) *Estándar de prueba en relación con la causalidad*

La delimitación del daño indemnizable viene obviamente determinada por la relación de causalidad. Lo que hay que corregir, lo que hay que reponer o, en su caso, compensar, es aquel daño que se derive del ilícito cometido. Para ello, los tribunales comparan la situación patrimonial actual en la que se encuentra el inversor con aquella en la que se encontraría (nótese el condicional) de no haber sido (*but for*) por la comisión del ilícito (41). El ejercicio es, por lo tanto, y por definición, un análisis contrafáctico, con todas las complejidades y dificultades que ello conlleva.

Para valorar si existe un vínculo causal entre la violación de cualquier estándar de protección por parte del Estado y los daños que reclaman los inversores, los tribunales arbitrales suelen exigir un alto nivel de certeza. En muchas ocasiones se invoca el estándar probatorio previsto en la Sentencia Chorzów, donde se estableció que el supuesto perjuicio debe haber sido causado «*con toda probabilidad*» por el acto ilícito (42).

Por ejemplo, siguiendo este razonamiento, el tribunal arbitral del caso *Lemire c. Ucrania* concluyó que el demandante debía probar «que a través de una línea de secuencias naturales es probable —y no simplemente posible— que Gala [la inversión de Lemire] hubiera sido adjudicataria de las frecuencias [licencias en disputa] en la licitación» (43). Además, el tribunal incluye en el análisis de causalidad dos conceptos frecuentemente utilizados en este ámbito: la proximidad y previsibilidad del daño. Al respecto, el tribunal del caso *Lemire c. Ucrania* sostiene que «la proximidad y previsibilidad del daño son conceptos relacionados: una cadena de causalidad debe considerarse próxima, si el infractor podía prever que a través de eslabones sucesivos los actos irregulares finalmente conducirían al daño» (44).

Los tribunales arbitrales no han titubeado a la hora de rechazar la indemnización solicitada cuando, pese a declarar vulnerado un estándar de protección, han considerado, sin embargo, que no se había acreditado la relación de causalidad entre el ilícito y los daños reclamados (45).

Esta es una de las materias donde seguramente queda más camino por recorrer. No hace falta detenerse en la enorme vaguedad que expresiones como «*toda probabilidad*» encierran casi por definición. La distinción entre «*posibilidad*» y «*probabilidad*» es solo uno de los pasos que hay que dar hacia la depuración y sofisticación del complejo análisis de inferencias causales con las que resulta inexorable lidiar. El análisis causal es una de las áreas que experimentará sin duda un mayor desarrollo y es, también, uno de los aspectos más fascinantes de la materia que nos ocupa.

3. *Metodologías de cálculo de la indemnización*

Para poder cuantificar el «valor justo de mercado» o cualesquiera otros criterios de valoración previstos en los TBIs, TMI o TCL de la inversión expropiada, así como la indemnización correspondiente a la reparación integral del daño como consecuencia de un acto internacionalmente ilícito, se utilizan en la práctica multitud de metodologías de valoración.

No podemos detenernos en esta ocasión a analizar los distintos tipos de metodologías que utilizan los tribunales arbitrales para llegar al importe concreto de la indemnización, ya que se trata de un

tema muy amplio que, por ser del ámbito económico más que del jurídico, debe dejarse en manos de expertos en ese campo (46).

No obstante, sí que nos gustaría dejar apuntadas dos reflexiones al respecto:

- Que ni el derecho internacional consuetudinario ni las normas basadas en los tratados exigen la aplicación de una metodología de valoración concreta, dejando esa elección al tribunal arbitral en función de las circunstancias concretas del caso y de la información disponible. Algunos de los aspectos determinantes a efectos de escoger la metodología suelen ser el tipo de inversión expropiada o los tipos de daños sufridos por un inversor como consecuencia de la comisión del ilícito (*ex.gr.* la pérdida total o simplemente una disminución del valor de la inversión, la reducción de los dividendos pagados a un accionista, etc.).
- Que la metodología escogida tiende a partir (y es conveniente que lo haga) de la configuración del estándar de indemnización aplicable. Por ello, la colaboración entre juristas (que son los que determinan el marco teórico y los principios aplicables a la indemnización) y expertos en economía (que suelen ser los que escogen y aplican la metodología de cálculo para calcular el importe concreto de la indemnización) cobra especial importancia en el cálculo de daños en el marco del arbitraje de inversión.

III. REFLEXIÓN FINAL

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir que, pese a la complejidad que entraña la determinación de los remedios a los que tiene derecho el inversor como consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones contraídas en los TBIs, TMIs y TLC y su concreción (a menudo el cálculo de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos):

- Existen cuestiones clave del análisis sobre las cuales parece existir casi unanimidad de opinión entre los tribunales arbitrales, cuanto menos en la teoría, como el estándar de indemnización aplicable en función de la obligación internacional involucrada (*estándar expropiación v. estándar de reparación integral del daño*).

Cuestiones tan relevantes a efectos prácticos, sin embargo, como la fecha de valoración de los daños o los tipos de daños indemnizables, todavía adolecen de falta de unificación de criterio por parte de los tribunales arbitrales.

- El esfuerzo dedicado por la comunidad arbitral y muy particularmente por los tribunales arbitrales para sofisticar el debate sobre estas cuestiones y exponer con mayor detalle en sus laudos los razonamientos que les han llevado a una u otra conclusión, si bien no ha zanjado el debate, sí que permite ir perfilando los criterios a ponderar, que ya pueden comenzar a sistematizarse. Un ejercicio que, sin promesa alguna pero con esperanza, esperamos realizar poco a poco en relación con todas estas cuestiones.

BIBLIOGRAFÍA

DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, La Haya , Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

MARBOE, I., *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law (2nd Edition)*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

MOYANO GARCIA, J.P., «Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends», in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, n.º 3, Oxford, Oxford University Press, 2015.

PWC, 2015 — International Arbitration damages research.

PWC, International Arbitration damages research 2017 update.

(1)

PWC, 2015 — *International Arbitration damages research*, p. 5 y PWC, *International Arbitration damages research 2017 update*, p. 3.

Ver Texto

(2) *Vid.* R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haya, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 97.

Ver Texto

(3) *Vid.* al respecto, por ejemplo, el art. 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía («TCE»), BOE 17. 05.1995 y el art. 1110 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte («NAFTA») celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México, que se puede consultar a través del siguiente enlace: [<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/1.TLCAN.pdf>].

Ver Texto

(4) *Vid.* al respecto, por ejemplo, el art. 4 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la promoción y protección recíproca de inversiones, BOE 28.11.2016, nº 287, pp. 83035 a 83039; el art. 5.2 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, BOE 3.04.2008; el art. 3 del Tratado de protección de inversiones celebrado entre Estados Unidos y Honduras que se puede consultar a través del siguiente enlace: [<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43563.pdf>]; y los arts. 13 TCE y 1110 de NAFTA antes citados.

Ver Texto

(5) *Vid.* *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/12/13, Decisión sobre la responsabilidad y los principios del *quantum* de 21 de diciembre de 2016 , para 597.

[Ver Texto](#)

- (6) *Vid.. Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. la República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/08/1, Laudo final de 16 de mayo de 2012, para 305.

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.. Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold Anna Eleonore Elisabeth Webber, Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold y Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold c. la República de Zimbabue*, Caso CIADI N.º ARB/10/15, Laudo de 28 de julio de 2015, para 497.

[Ver Texto](#)

- (8) *Vid. Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. y Conocophillips Gulf Of Paria B.V. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/30, Laudo final de 8 de marzo de 2019, para 213.

[Ver Texto](#)

- (9) *Vid.. Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/96/1, Laudo final de 17 de febrero de 2000.

[Ver Texto](#)

- (10) *Vid.. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/84/3, Laudo sobre el fondo de 20 de mayo de 1992, para 179.

[Ver Texto](#)

- (11) *Vid.., entre otros, Burlington Resources Inc c. la República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, Laudo final de 7 de febrero de 2017, pp. 58 a 66; *Siemens A.G. c. la República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo de 6 de febrero 2007, para. 352; y *Sr. Tza Yap Shum c. La República de Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Laudo de 7 de julio de 2011, para 253.

[Ver Texto](#)

- (12) *Vid.. la Sentencia Chorzów, Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Corte Permanente de Justicia Internacional, Decisión sobre el fondo de fecha 17 de septiembre de 1928, Publicaciones de Corte Permanente de Justicia Internacional Serie A — No. 17; Colección de sentencias de la editorial A.W. Sijthoff, Leiden, 1928, paras 123 a 125.

[Ver Texto](#)

- (13) *Vid.. al respecto, la Sentencia Chorzów op. cit., paras 123–125, y también I. Marboe, Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law (2nd Edition)*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 80–81.

Ver Texto

(14) Vid.. art. 34 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas Res. A/RES/56/, de 28 de enero de 2002, p. 28.

Ver Texto

(15) Vid.. I. Marboe *op. cit.*, p. 29.

Ver Texto

(16) Vid.. *Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/5 Laudo de 13 de marzo de 2015, paras 142 y 130–146, 159–163. En este sentido también, *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/14/32, Laudo de 27 de octubre de 2021, para 440 y *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo de 27 de septiembre de 2006, para 483.

Ver Texto

(17) Vid.. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estado Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, paras 186 a 200; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. la República de Kazakhstan*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, laudo de 29 de julio de 2008, paras 706, 785 a 793.

Ver Texto

(18) Estas cuestiones suele ser menos discutidas en caso de expropiaciones lícitas o en los casos en los que, por un motivo u otro, lo que se busca es simplemente el determinar la compensación debida al inversor, ya que muchos tratados ya contienen reglas claras al respecto.

Ver Texto

(19) Vid.. al respecto, *ADC c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, *op. cit.*, paras 496 a 497, *Conocophillips c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30 *op. cit.*, para 227.

Ver Texto

(20) Vid.. *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. la República de Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15, laudo de 3 de marzo de 2010, paras 514 a 517; y *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/01, laudo de 21 de julio 2017, paras 1115 a 1116 (señalando que la modificación de la fecha de valoración desde el momento de la expropiación hasta la fecha del laudo habría sido adecuada si el bien expropiado hubiera sido rentable).

Ver Texto

(21)

Vid.. ADC c. Hungría, Caso CIADI n.º ARB/03/16, *op. cit.*, para 496

[Ver Texto](#)

(22) Vid.. *Yukos Universal Limited c. la Federación de Rusia*, Caso PCA N.º AA 227, Laudo final de 18 de julio de 2014, paras 1765 a 1766.

[Ver Texto](#)

(23) Vid.. *International Technical Products Corporation y Itp Export Corporation c. El Gobierno de la República Islámica de Irán y sus organismos, la Fuerza Aérea de la República Islámica de Irán y el Ministerio de Defensa Nacional, en representación de la Organización de Aviación Civil*, Caso IUSCT (Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos) N.º 302, laudo final de 28 de octubre de 1985, para 120; y *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S c. La República de Kazakhstan*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, *op. cit.*, paras 795 y 796.

[Ver Texto](#)

(24) Vid.. *Sedco, Inc. c. La República Islámica de Irán*, Caso IUSCT (Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos) N.º 128 y 129, Laudo de fecha 7 de julio de 1987, paras 63 a 77; y *Amoco International Finance Corporation c. El Gobierno de la República Islámica de Irán, la National Iranian Oil Company, la National Petrochemical Company y la Kharg Chemical Company Limited*, Caso IUSCT (Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos) N.º 53, Laudo de 17 de noviembre de 1981, paras 260 a 268; y *Antoine Goetz et consorts c. la República de Burundi*, Caso CIADI N.º ARB/95/3, Laudo de 10 de febrero de 1999, p. 124

[Ver Texto](#)

(25) Vid.. *Unglaupe c. la República De Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/08/1, *op. cit.*, paras 315 a 318.

[Ver Texto](#)

(26) Vid.. al respecto, por ejemplo, el art. 26.8 del TCE *op. cit.*, pp. 14122 a 14153 que sostiene que «Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. Los laudos arbitrales relativos a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior de la Parte Contratante litigante deberán dar a la Parte Contratante la opción de indemnizar pecuniariamente en lugar de cualquier otra reparación. Las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio.; y el Art. 1135 de NAFTA *op. cit.* que sostiene que: "Laudo final 1. Cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo en contra de una Parte, el Tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente (a) daños monetarios y cualquier interés aplicable; (b) restitución de bienes, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños monetarios y cualquier interés aplicable en lugar de la restitución"».

[Ver Texto](#)

(27) Vid.., *v.gr.*, *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. la República de Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/14/32, Laudo de 27 de octubre de 2021 para 440; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, y NovEnergia II Italian Portfolio SA c. la República Italiana*, Caso SSC V(2015/095), Laudo Final de 23 de diciembre de 2018, para 548; y *William*

Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton; y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá, CNUDMI/TLCAN, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo sobre Daños de 10 de enero de 2019, para 168.

[Ver Texto](#)

(28) Asamblea General de las Naciones Unidas Res. A/RES/56/83, *Artículos de la comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 28 de enero de 2002.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* la Sentencia *Chorzów cit.*, para 125.

[Ver Texto](#)

(30) Criterios que aparecen reflejados en el art. 36 de los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos por Hechos Internacionalmente y el para 125 de la Sentencia de *Chorzów*.

[Ver Texto](#)

(31) *Vid.* art. 36 de los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

[Ver Texto](#)

(32) *Vid.* Criterios reflejados en la Sentencia de *Chorzow op. cit.* para 125.

[Ver Texto](#)

(33) *Vid.* *Burlington Resources Inc. c. La República de Ecuador, Caso CIADI N.º ARB/08/05 op. cit.*, para 329.

[Ver Texto](#)

(34) En este sentido, cabe señalar, por ejemplo, que el Convenio CIADI en su art. 54 (1) «Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado», parece indicar que si bien los tribunales pueden optar por la restitución en especie, conforme a la Convención sólo podrán ser ejecutados los laudos de naturaleza pecuniaria. Esta cuestión en todo caso plantea un debate doctrinal sobre la interpretación del art. 54 del Convenio CIADI en el que no nos adentraremos.

[Ver Texto](#)

(35) *Vid.* los criterios reflejados en la Sentencia de *Chorzow cit.*, para 125.

[Ver Texto](#)

(36)

Vid.. Tidewater c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/5, op. cit., para 118 donde se señala que el «fondo de comercio y los conocimientos técnicos así como otros activos tangibles e intangibles, incluidos los derechos» constituyen parte de la inversión y, por lo tanto, están protegidos por el tratado.

[Ver Texto](#)

(37) *Vid.. Siemens AG c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/8 op. cit., para. 386 en el que el tribunal incluye en el importe de la indemnización costos de administración asociados a la operación esquelética posterior a la expropiación.*

[Ver Texto](#)

(38) *Vid.. Azurix Corp c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo de 23 de junio de 2006, para. 432, donde el tribunal concluyó que los costos de negociación podrían en principio incluirse en la recuperación como daños consecuentes.*

[Ver Texto](#)

(39) *Vid.. I. Marboe, op. cit., pp. 38.*

[Ver Texto](#)

(40) *Vid.. J.P. Moyano Garcia, 'Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends', en Thomas Schultz (ed), Journal of International Dispute Settlement, Vol. 6, n.º 3, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 520.*

[Ver Texto](#)

(41) *Vid.. I. Marboe, op. cit., pp. 37–38.*

[Ver Texto](#)

(42) *Vid.. al respecto, por ejemplo, Bilcon c. Gobierno de Canadá, Caso CPA N.º 2009–04 op. cit, para 114.*

[Ver Texto](#)

(43) *Vid.. Joseph Charles Lemire c. Ucrania, Caso CIADI N.º ARB/06/19, Laudo final de 28 de marzo de 2011, para 169.*

[Ver Texto](#)

(44) *Vid.. Lemire c. Ucrania, Caso CIADI N.º ARB/06/19 op. cit., para 170.*

[Ver Texto](#)

(45) *Vid., v.gr., Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. C. República Unida De Tanzania, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo de 18 de julio de 2008, paras 788 a 808.*

[Ver Texto](#)

(4⁶) *Vid.* al respecto. por ejemplo, *PWC, 2015 — International Arbitration damages research.*

[Ver Texto](#)

Jurisdicción *versus* arbitraje en procedimientos multiparte

Jurisdiction versus arbitration in multi—party proceedings

Los proyectos en los que intervienen diversos agentes requieren de un coherente diseño contractual con tal de garantizar una correcta solución en caso de una eventual controversia. El presente artículo, además de proponer alguna solución en lo que a mecanismos de resolución de controversias se refiere, ahonda en la problemática que puede surgir cuando pudiendo existir cierta solidaridad entre ellos, con unos se ha pactado un sometimiento a arbitraje, mientras que con otros el debate debe darse en sede jurisdiccional. ¿Cabe la extensión del convenio arbitral a terceros? ¿Tiene la jurisdicción *vis atractiva*? ¿La acumulación de acciones puede burlar un convenio arbitral?

Arbitraje, convenio arbitral, multiparte, jurisdicción, declinatoria, acumulación de acciones.

Projects involving different agents require a coherent contractual design in order to guarantee a correct solution in the event of a possible dispute. The present paper, in addition to proposing some solutions in terms of dispute resolution mechanisms, it also looks at the problems that may arise when, although there may be a certain degree of solidarity between them, some have agreed to submit to arbitration, while with others the debate must take place in the courts. Can the arbitration agreement be extended to third parties? Has jurisdiction *vis atractiva*? Can the accumulation of actions circumvent an arbitration agreement?

Arbitration, arbitration agreement, multi—party, jurisdiction, declinatory jurisdiction, joinder of legal actions



Belén Alandete Sánchez

Abogada Senior del Área de Procesal y Arbitraje en Broseta Abogados

Profesora asociada de la Universidad de Valencia

I. PLANTEAMIENTO

Las relaciones económicas y jurídicas no son siempre cuestión de dos, sino que es bastante habitual la interrelación de tres o más partes. Piénsese, por ejemplo, en el diseño de una planta industrial o un *software* en el que el contratista subcontrata a su vez una parte del diseño o ejecución del contrato principal. De hecho, hay sectores en los que esta multiplicidad de agentes constituye su propia idiosincrasia, como sería el de la construcción. Tanto es así que el propio legislador ha configurado

ya un sistema (1) que les habilita a llamarse entre sí al proceso en caso de disputa.

Normalmente este juego de participantes suele regularse por tantos contratos como agentes hay. De esta forma será el promotor el que contrata por un lado al proyectista, por otro, su ejecución con un contratista principal, quien a su vez puede subcontratar parte del objeto a desarrollar a un tercero. Si no se cuida bien la redacción de esos contratos con un mínimo de coherencia, sin duda, las disfuncionalidades en la consecución del proyecto están aseguradas pudiendo incluso, hacer peligrar la viabilidad económica del propio contrato.

Un aspecto clave que hay que dejar bien delimitado es, sin duda, el mecanismo de resolución de controversias. Más, si cabe, en transacciones económicas y técnicamente complejas en las que raro será que no surjan desavenencias. En el ámbito de las transacciones internacionales es algo que se tiene muy presente, hasta el punto de ser altamente recomendable la lectura las directrices (2) de la *International Bar Association* para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional. De ellas son varias las conclusiones que cabe extraer a la hora de buscar un sistema coherente de resolución de controversias para un grupo de contratos que cumplen una misma finalidad económica:

- i) Prever un mismo mecanismo de resolución de controversias en todos ellos. Esto es, una misma cláusula arbitral (mismo tipo de arbitraje, sede, número de árbitros, e institución arbitral de ser el caso) a replicar en todos y cada uno de los contratos, que incluya la posibilidad de acumular o consolidar distintos procesos arbitrales, con objetos conexos, que puedan haberse ya puesto en marcha. Ello sin duda facilitará conocer en un único procedimiento arbitral todas las cuestiones relativas a los distintos agentes, con el consiguiente ahorro de costes y tiempo, y con la garantía de evitar resoluciones inconciliables entre sí.
- ii) Otra opción idónea, si es posible dentro del marco de las negociaciones, es concertar un acuerdo marco de arbitraje por el cual todos los contratos pasen a someterse a un mismo mecanismo arbitral, en el que además se regulen cuestiones tan importantes como la intervención (voluntaria o provocada) de terceros no originariamente integrantes de la relación procesal, así como la acumulación de procedimientos arbitrales ya iniciados.

Ahora bien, debido a la diversidad de voluntades presentes en el momento de integrarse las distintas relaciones contractuales no siempre es posible cohesionarlas en la forma deseable y que aquí acabamos de describir. De ello se ha hablado y escrito mucho en sede de arbitraje internacional, pero, y en España, ¿qué ocurre cuando ni siquiera hay cohesión en que todos los contratos se sometan a arbitraje?

En defecto de la existencia de esta cláusula común de resolución de conflictos entre los distintos agentes intervinientes, es bastante habitual que surjan distorsiones o disfunciones a la hora de afrontar una controversia en la que son varios los agentes constructivos implicados. De esta forma podemos encontrar, por ejemplo, que mientras que el promotor y el constructor deben dirimir sus diferencias en arbitraje, por el contrario el proyectista y/o el director de obra las dirimen con el promotor en la jurisdicción.

Si tenemos en cuenta que el régimen de responsabilidad previsto en nuestro ordenamiento no

siempre es de origen contractual, sino que también puede ser de naturaleza extracontractual o legal ¿cómo garantizar que las resoluciones que pongan fin a las diversas disputas sean coherentes entre sí? ¿Es posible que, pese a todo, las partes implicadas puedan dirimir sus responsabilidades en un único procedimiento, ahorrando con ello costes y tiempo?

Aun cuando las partes no hayan tenido, o no hayan querido tener, la precaución de coordinar en sus contratos la forma de dirimir sus controversias, todavía es posible pactar la sumisión de todos al mismo ADR o jurisdicción, incluso después de haber surgido la controversia. El problema es que una vez el conflicto ya ha nacido entre ellos, será harto difícil que puedan ponerse de acuerdo.

II. IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER EL CONVENIO ARBITRAL A QUIEN NO FUE PARTE

Para el caso de que las relaciones estén demasiado enconadas y este acuerdo *in extremis* no sea posible, la jurisprudencia mayoritaria apunta a que solo cabrá intentar solventar las diferencias en la vía jurisdiccional —dado que nadie puede ser obligado a resolver sus controversias por medio del arbitraje—.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha equiparado el arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias con la Jurisdicción civil, dado que las partes obtienen los mismos resultados, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada. Por tanto, la renuncia a la jurisdicción en favor del arbitraje, realizada de forma voluntaria y expresa es totalmente legítima. Por el contrario, la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE).

Por su parte, el Tribunal Supremo (3) ha establecido que la cláusula de sumisión a arbitraje solo puede producir efectos respecto a quienes formalizaron el compromiso o traen causa en ellos. Doctrina toda ella que se cohonesta perfectamente con el principio más importante del arbitraje como es el principio de la autonomía de las partes, recogido en el art. 1.255 Cc y del art. 9 de la Ley 60/2003, de Arbitraje (LA LEY 1961/2003); así como, con el principio de relatividad de los contratos recogido en el art. 1.257 Cc.

Por tanto, la posibilidad de extender el ámbito subjetivo de un convenio arbitral a quien no fue parte del mismo, y en última instancia los efectos de cosa juzgada de un eventual laudo, es muy limitada y es objeto de una interpretación muy restrictiva. En este sentido, la doctrina exige que exista un ligamen subjetivo entre quienes no firmaron el convenio y quienes sí fueron parte, mediante vínculos de solidaridad.

Nuestro Alto Tribunal recuerda que siendo la regla general en nuestro Derecho, conforme al art. 1137 del Cc, la mancomunidad, la toma en consideración de los vínculos de solidaridad puede hacerse si resulta del contrato, de una disposición legal, y, excepcionalmente, apreciando un vínculo de solidaridad impropia nacida de la sentencia de condena, que afecta a los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por un ilícito culposo con pluralidad de agentes. Solidaridad impropia que ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia entre agentes de la construcción por vicios o defectos, en los que no ha sido posible determinar la responsabilidad exclusiva de uno solo de ellos.

Ahora bien, en el concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo rechazó que la cláusula arbitral suscrita entre promotor y constructor pudiera vincular al arquitecto y aparejador, por entender que «no hay vínculo de solidaridad derivado de un contrato o de la ley entre los codemandados, pues la empresa constructora está ligada a la actora por un contrato de obra y el arquitecto y el aparejador por un contrato de arrendamiento de servicios, por más que en el contrato de obra se mencione a ambos profesionales como encargados de la dirección facultativa de la obra», y además, «el hecho de que la entidad demandante postulara la condena solidaria de los demandados no crea un vínculo de solidaridad, el cual solo se produciría con la eventual sentencia condenatoria (STS 3 noviembre 1999, pues es una solidaridad que se origina en la sentencia condenatoria y que no existe con anterioridad)».

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (4) se ha pronunciado con igual claridad estimando la inexistencia de convenio arbitral, en la medida en que los demandados (dirección facultativa y proyectista, respectivamente) no fueron parte en el contrato de ejecución de obra en el cual se contenía. Por mucho que las obras se ejecuten conforme al proyecto técnico de uno de ellos, y que esa mercantil asuma la dirección facultativa.

Esta circunstancia conlleva, por tanto, que un eventual laudo dictado entre los intervinientes en el convenio arbitral, tampoco producirá efectos de cosa juzgada con respecto a los que no fueron parte de él, sin perjuicio del valor probatorio que pueda desprenderse de él y que deberá ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica por el Juzgador, junto con el resto de pruebas aportadas.

III. VIS ATRACTIVA DE LA JURISDICCIÓN

Negada pues la posibilidad de extender el convenio arbitral a quienes no han sido parte en él, la corriente mayoritaria opta por otorgar a la jurisdicción una *vis atractiva* (5), frente a aquellas partes que hayan pactado un medio alternativo de resolución de conflictos, evitando así la multiplicidad de procedimientos con el mismo objeto.

De ente las escasas resoluciones que se pronuncian sobre la disyuntiva planteada (arbitraje *versus* jurisdicción), destacamos la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª) (6) ya que entra de lleno en el análisis de esta cuestión en el marco del ejercicio de la acción directa del subcontratista frente al promotor (1.597 Cc), optando claramente por la *vis atractiva* de la jurisdicción. Para ello toma como referente para sustentar esta opinión la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 352/2006, de 14 de diciembre (LA LEY 168957/2006), con cita, a su vez, a la STC 174/1995, de 23 de noviembre (LA LEY 651/1996), en las que se recuerda que nadie puede ser privado de la vía judicial sin haber mediado su previo consentimiento, siendo la autonomía de la voluntad — la de todas las partes, y no solo algunas de ellas— la que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. Así pues, tomando como punto de partida esa importante premisa, la Audiencia Provincial termina concluyendo de forma clara que «el derecho de acceso a la jurisdicción es preferente respecto del convenio arbitral cuando una parte en el litigio no está incluida en la cláusula arbitral». Y ello porque solo así se garantiza el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción, sin que nadie pueda ser obligado a resolver sus diferencias por medio de arbitraje, y con ello se evita,

además, dividir la contienda de la causa, pudiendo solventar todas las responsabilidades implicadas en la controversia en un único procedimiento.

IV. ACUMULACIÓN DE ACCIONES NO PUEDE ELUDIR UN CONVENIO ARBITRAL

Ahora bien, esta *vis atractiva* de la jurisdicción dependerá en gran medida del alcance de la cláusula arbitral a examinar, y de las concretas acciones ejercitadas en la demanda. De esta forma, si algunas de las partes acordaron extraer determinadas acciones a la jurisdicción, pactando su sumisión a arbitraje, en caso de que una de ellas haga valer tal circunstancia, ello dará lugar a una indebida acumulación de acciones. Pues cabe recordar que el art. 73 LEC exige como primer requisito para que la acumulación de acciones sea posible que el tribunal «posea jurisdicción».

Esta cuestión centra el razonamiento de la Audiencia Provincial de Valencia (7) en un reciente auto que examina la reclamación de un promotor frente al proyectista y director de obra (sometida a jurisdicción); así como frente al constructor (sometida a arbitraje), en la que además se ejercitaban responsabilidades derivadas de la LOE. El Juzgado de Primera instancia —ratificado después por la Sala—, obligó al demandante a excluir de la demanda las reclamaciones derivadas del contrato con el constructor por entender que los órganos judiciales habían perdido su jurisdicción en virtud del convenio arbitral establecido, decisión ésta libre y voluntaria que no puede eludirse *a posteriori* bajo el pretexto de la acumulación de acciones.

Aunque por lo general la vía arbitral se antoja más especializada y rápida para la resolución de controversias en el ámbito de la construcción, para los casos de multiplicidad de partes la mejor solución es dar preferencia a la vía jurisdiccional frente a la arbitral

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres (8) primó el principio de no división de la contienda al valorar la declinatoria interpuesta por un promotor contra el constructor, la proyectista y su seguro de responsabilidad civil. Si bien, también aclara el Tribunal que la cláusula arbitral suscrita entre el promotor y constructor tampoco sometía a arbitraje todas las cuestiones relativas a la obra, sino tan solo la interpretación de las cláusulas del contrato de ejecución de obra. Por lo que las cuestiones planteadas en el procedimiento consistentes en defectos constructivos, con eventuales responsabilidades concurrentes de los distintos agentes intervinientes en el proceso constructivo, parece ser no formaban parte del convenio arbitral, lo que sin duda confirmaba la conveniencia de la desestimación de la declinatoria.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Zaragoza (9) también excluyó la competencia del arbitraje, en favor de la jurisdicción, por entender que tan solo estaba sometido a arbitraje la interpretación del contrato, y no así el abandono de la obra, por el cual se había interpuesto la reclamación. Y a mayor abundamiento respaldó su decisión habida cuenta de que existían otros codemandados no

firmantes del convenio arbitral, a los que se les podía exigir responsabilidad solidaria entre ellos.

Aunque por lo general la vía arbitral se antoja más especializada y rápida para la resolución de controversias en el ámbito de la construcción, coincidimos en que para los casos de multiplicidad de partes, más que posibles responsables solidarios —algunos con cláusulas arbitrales entre ellos y otros no— la mejor solución es dar preferencia a la vía jurisdiccional frente a la arbitral. Y ello, porque permite a todos los implicados resolver en un único procedimiento todas las responsabilidades surgidas en torno a la obra, con el consiguiente ahorro de tiempo (pues no es necesario entablar nuevos procedimientos para repetir contra el último responsable), de costes (evidentemente se economizan costas respecto de un único pleito), y lo más importante, se evitan posibles resoluciones contradictorias entre sí y posibles situaciones injustas para las partes.

Como vemos, en ocasiones habrá que dirimir tan solo las responsabilidades legales en la vía jurisdiccional, y remitir a arbitraje las cuestiones contractuales para quienes tienen pactado un convenio arbitral si las mismas entran dentro de su ámbito. Sin embargo, en la práctica es posible que sea muy difícil decidir qué cuestiones son estrictamente contractuales y cuáles no, sobre todo, cuando el convenio arbitral abarca también los posibles incumplimientos de contrato por negligencia o culpa, en los que se puede englobar sin género de dudas los defectos de ejecución, errores de proyecto, o errores en la dirección de obra. Buen ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (10) en la que desestima una acción de anulación de un laudo por entender que la cláusula de sometimiento a arbitraje, contenida en el contrato suscrito con el proyectista y director de obra, incluía todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del contrato o relacionados con él, directa o indirectamente, como son las cuestiones en él resueltas, esto es, la falta de previsión en la redacción del proyecto para la impermeabilización del edificio, así como una inadecuada e insuficiente dirección de obra para solventar el problema derivado de esa falta de impermeabilización.

Esta dicotomía entre lo contractual y lo extracontractual ya ha sido también abordada por nuestro Tribunal Supremo (11) al estudiar un caso en la que el diseño, la elección de materiales y la ejecución de una planta industrial habían contribuido en la generación de un siniestro consistente en el derrame de amoníaco por un codo de la instalación lo que conllevó determinados daños en una cámara frigorífica, así como sobre alimentos precocinados en ella almacenados haciéndolos inservibles. En esta ocasión, el Tribunal Supremo ratifica el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Guadalajara (12), que estimó la conjunción de responsabilidades al apreciar que un mismo hecho podía considerarse incumplimiento de obligación contractual y acto ilícito extracontractual.

En este último caso, razona la Audiencia, se produce entonces una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones diferentes que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente; yuxtaposición que solo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una o de otra responsabilidad, pudiendo afirmarse que, en cualquier caso y como fondo, subsiste la culpa extracontractual completando a la contractual en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio del

perjudicado.

En definitiva, la Audiencia Provincial de Guadalajara entendió que la controversia quedaba excluida del convenio arbitral, pues, a su juicio, la propia existencia del contrato no determina sin más que la responsabilidad sea de tipo o naturaleza contractual, ni el hecho dañoso que sirve de fundamento a la pretensión resarcitoria deducida puede *a priori* determinarse que haya acaecido en lo que es puramente ejecución del contrato de arrendamiento de obra en su día concertado.

El Tribunal Supremo valida los anteriores razonamientos y concluye que, en el caso enjuiciado, la acción de responsabilidad ejercitada no versa de manera directa sobre la interpretación y la ejecución del contrato de obra, sino que tiene su origen en un hecho dañoso de especial magnitud, el cual, según la calificación efectuada por la sentencia recurrida, tiene un significado independiente suficiente para poder ser considerado como fundamento de una responsabilidad de carácter extracontractual, apreciada con los criterios de imputación aplicables a la creación de riesgos o a la producción de graves daños, que se separan de la órbita estrictamente contractual, pues no se trata solamente de discutir si la ejecución del contrato ha sido defectuosa, sino de determinar si la producción de graves daños derivados de un accidente es imputable a quien puso en funcionamiento una instalación incurriendo en graves negligencias y creando riesgos innecesarios, con independencia de que quienes hayan padecido los daños como perjudicados se encuentren incluidos o no en la órbita de las obligaciones creadas por el nexo contractual relacionado con la construcción de la instalación.

V. CONCLUSIÓN

A la vista de todas las cuestiones aquí analizadas, ante la problemática consistente en la existencia de multitud de partes, vinculadas entre sí a la vez por lazos contractuales dispares, así como extracontractuales, en la que no es posible dirimir la responsabilidad exclusiva de uno de ellos, y resulta aconsejable entablar un único procedimiento contra todos ellos, ¿cómo establecer la relación procesal si además en algunos casos se tiene pactada la sumisión a arbitraje y en otros sólo cabe acudir a la jurisdicción?

La respuesta pasa evidentemente por analizar con detenimiento la reclamación a realizar si se quiere hacer valer la *vis atractiva* de la jurisdicción. De esta forma, si alguna cuestión objeto de debate forma parte del ámbito material de un convenio arbitral, al demandante que le interese dirimir todo en una única contienda frente a todos los agentes presuntamente implicados, deberá meditar si puede o no defender una yuxtaposición de culpas en la que deba imperar la extracontractual. Pues de no ser así, y de oponer uno de los demandados la cláusula arbitral, se verá obligado a dividir su causa, debiendo dirigir —si le es posible— las acciones sometidas a arbitraje por vía distinta a la jurisdiccional.

Llegados a este último punto sugiero, si las concretas circunstancias del caso así lo aconsejan, plantearse la posibilidad de descartar, al menos por ese momento, la vía contractual —y por ende la arbitral— y apostar solo por la extracontractual, ya que, a mi modo de ver, será muy difícil conseguir que la sentencia obtenida en la jurisdicción no se pronuncie sobre cuestiones que también abarque el

laudo, con el consiguiente riesgo de resoluciones incompatibles o contradictorias entre sí. De esta forma, una vez obtenida la sentencia judicial, los hechos en ella declarados probados, tendrán efectos de cosa juzgada entre las partes integrantes del convenio arbitral, pudiendo entonces, si así sigue deseándolo el demandante, dirimir las responsabilidades contractuales que puedan haber quedado pendientes.

-
- (1) Vid.. DA 7ª de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación Ver Texto
- (2) En línea: [<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4670DB14-91B6-4C09-9AD0-90DCE9C5A6DC>]; Ver Texto
- (3) STS 11 de febrero de 2010, Rec. n.º 2524/2005. Ver Texto
- (4) STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, 12/2014 de 19 Nov. 2014, Rec. 26/2014 (LA LEY 235931/2014). Ver Texto
- (5) SAP Zaragoza 4ª 279/2000 de 17 Abr. 2000, Rec. 167/1998 (LA LEY 83344/2000). Ver Texto
- (6) SAP Lleida 2ª 184/2011, June 08, 2011 (LA LEY 132449/2011). Ver Texto
- (7) AAP Valencia 8ª de 16 de febrero de 2021, Rec. 452/2020 (ECLI:ES:APV:2021:2973ª). Ver Texto
- (8) SAP Cáceres 1ª 308/2009, de 13 de julio de 2009, Rec. 371/2009 (LA LEY 125945/2009). Ver Texto
- (9) SAP Zaragoza 4ª 279/2000 de 17 de abril de 2000, Rec. 167/1998 (LA LEY 83344/2000). Ver Texto
- (10) STSJ País Vasco n.º 7/2013, de 20 de junio de 2013, Rec. 7/2013 (LA LEY 127437/2013).

[Ver Texto](#)

(11) STS Civ 1097/2008 de 20 de noviembre de 2008, Rec. 2233/2002 (LA LEY 189350/2008).

[Ver Texto](#)

(12) SAP Guadalajara n.º 207, de 3 de junio de 2002, Rec. 169/2002 (LA LEY 105497/2002).

[Ver Texto](#)



Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

Some considerations on the reform of ADR in the Draft Bill on Procedural Efficiency in the Public Justice Service

En este trabajo el autor realiza una serie de reflexiones sobre la reforma de los ADR en los ámbitos de la justicia civil y mercantil prevista en un Anteproyecto de Ley del Gobierno de España. Se analiza si dicha reforma supone la mejora del servicio público de justicia, o, por el contrario, supone la creación de un servicio privado de justicia. Para ello fija su atención en algunos elementos de la reforma, fundamentalmente, en el carácter obligatorio o voluntario del servicio privado de justicia, así como en la validez y eficacia del acuerdo que se alcance en dicho servicio.

ADR, principios, procedimiento, acuerdo, confidencialidad.

In this work the author present a series of reflections on the reform of the ADR in the areas of civil and commercial justice provided for in a Draft Law of the Government of Spain. He analyses whether said reform entails an improvement of the public justice service, or, on the contrary, implies the creation of a private justice service. To this end, he focuses his attention on some aspects of the reform, essentially, on the mandatory or voluntary nature of the private service of justice, as well as on the validity and effectiveness of the agreement reached in said service.

ADR, beginning, procedure, agreement, confidentiality.



José Antonio Colmenero Guerra (1)

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad Pablo de Olavide

I. INTRODUCCIÓN

En las reseñas de la Moncloa, del 15 de diciembre de 2020, se ponía de manifiesto que, en Consejo de Ministros, se había aprobado el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante APLMEP). Dicho Anteproyecto, se señalaba, «constituye un nuevo instrumento integrado en la nueva arquitectura jurídica dentro de la Estrategia Justicia 2030, enmarcado y conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation». También se decía que «el Anteproyecto pretende dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19».

La noticia pone de manifiesto que el Anteproyecto se basa en tres ejes: i) el primero de los ejes es el de los medios adecuados de solución de controversias (MASC), una medida de la que (se dice) «más allá de la coyuntura de ralentización inicial y previsible incremento posterior de la litigiosidad, como consecuencia de la pandemia y la declaración del estado de alarma, se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible»; ii) el segundo eje es el de la reforma de leyes procesales, una iniciativa que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales. Con ella, se dice, «se garantizan los altos estándares de calidad, se optimizan los recursos existentes, se agilizan los procesos de forma eficiente y eficaz, y se refuerza la seguridad jurídica»; y iii) el último eje clave es el que se refiere la transformación digital. De él, se dice que «evitará desplazamientos a las sedes judiciales, reduciendo los costes económicos, ambientales y territoriales. Y permitirá que toda la tramitación sea mucho más ágil».

Conviene dejar constancia, que las Reformas, dentro de la Estrategia de Justicia 2030, son más ambiciosas, puesto que, junto con dicho Anteproyecto, el Ministerio de Justicia, ha llevado al Consejo de Ministros (al margen de las normas que ya tiene publicadas en el *BOE*): i) un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal; ii) a este Anteproyecto que estamos comentando, le acompaña, también, como complemento, un Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios (en adelante APLOEO); y iii) también como complemento, se ha aprobado un Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (en adelante APLMED).

Como se ve, un marco legislativo de Reformas ambicioso, puesto en marcha por el anterior Ministro de Justicia y del que la nueva Ministra ha confirmado su continuidad. No obstante, nos encontramos a febrero de 2022, queda ya menos de la mitad de la legislatura, y ello ya indica que, pese al cumplimiento de objetivos, si no se aceleran las cosas, será difícil que las normas citadas terminen promulgándose. De hecho, salvo la norma que va a ser objeto de atención en este trabajo, que ya ha

dado su segunda vuelta por el Consejo de Ministros, pendiente ahora, de Dictamen del Consejo de Estado, y que no tardará mucho en llegar al Parlamento, el resto se encuentra lejos de dicha situación, con lo que, si uno hace uso de la media de tramitación legislativa, habrá que pensar que no terminarían en el *BOE*.

No obstante, como hemos señalado nos vamos a centrar en una parte del APLMEP, la relativa a los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (en adelante MASC). Para ello, no vamos a utilizar la versión inicial, sino la versión consolidada que se ha remitido al Consejo de Estado para Informe, en la que ya se han atendido anteriores Informes a los que ha sido sometido la versión inicial, con lo que su redacción difiere en algunos preceptos, pero sigue siendo igual en otros.

II. OPORTUNIDAD, SENTIDO Y ADECUACIÓN DE LA REFORMA

El APLMEP, como se ha puesto de manifiesto (2), justifica en su Exposición de Motivos (fundamentalmente, apartados I y II), la regulación de los MASC, en diferentes razones, que se pueden reconducir a tres: «1) en las insuficiencias estructurales del sistema español de justicia y «la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reformar la Administración de Justicia como servicio público», siendo imprescindible «ofrecer un servicio público eficiente y justo a la ciudadanía»; 2) en la necesidad de descongestionar los tribunales de justicia ante el incremento de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia Covid-19 y de consolidar un «servicio público de justicia sostenible» (3); y 3) en la conveniencia e, inclusive, en determinados casos, la necesidad, de «buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia», permitiendo a los ciudadanos sentirse protagonistas de sus propios problemas y asumir responsablemente las soluciones más adecuadas de los mismos. Se trata de introducir «mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales».

Vamos a partir de dichas Razones a los efectos de analizar la reforma del «Servicio Público», aunque siendo consecuentes, para ello se va a hacer uso del «Servicio Privado» de la Justicia, por cuanto que los MASC que se contemplan, si bien ya forman parte del Sistema de Justicia de nuestro país (ya existen, no los crea el Anteproyecto), no lo son de la parte pública, sino privada, y así lo reconoce el propio APLMEP, en su articulado. Que en el Anteproyecto se contemple dichos MASC como «requisito de procedibilidad» (aunque yo prefiero la expresión, tradicional, de «presupuesto del proceso») no los convierte, automáticamente en un «instrumento» o «método» perteneciente a lo «público», pues siguen siendo un «instrumento» o «método» «privado», que tienen su génesis, en la mayoría de los casos, muy atrás en el tiempo, cuando la persona decide vivir en Comunidad, y se dota de reglas o normas de convivencia, y para solucionar los problemas que se generan hace uso de «instrumentos» o «métodos de solución de conflictos distintos de la «autotutela» o «autodefensa» (e históricamente el último en aparecer es el «proceso»), método, que, pese a todo, y con carácter excepcional, sigue aún todavía vigente (4).

No obstante, sirva de referencia, que el APLMEP, como se ha puesto de relieve, y compartimos dicha

idea, es «un valiente Anteproyecto que propone un necesario cambio de paradigma en un país donde el prelegislador no lo tiene nada fácil» (5), por cuanto, que articular un Sistema de MASC al hilo del Sistema Legal de Justicia, que se articula a tiempo presente entorno a la Potestad Jurisdiccional, aunque sea para el ámbito del Derecho Privado, ya supone un salto, cuando menos, cualitativo en la forma de entender la Justicia, y en los métodos de solución de los conflictos.

El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia es un valiente Anteproyecto que propone un necesario cambio de paradigma en un país donde el prelegislador no lo tiene nada fácil

Antes de adentrarnos en otras cuestiones relativas a la Exposición de Motivos, y de la articulación normativa, y dado que ya hemos puesto de relieve que el Anteproyecto conjuga un modelo de Justicia articulado entre la colaboración de lo privado, que será el primer nivel de choque para los conflictos, a través de los MASC, para que si estos no resultan suficientes proceder a solucionar los problemas o conflictos con lo público, a través del proceso, creo que es conveniente referirse al Título del Anteproyecto y si de verdad refleja su contenido. Como hemos puesto de relieve, su denominación (si fuera aprobado por el Parlamento) sería «Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia». El título ya de por sí suscita muchos inconvenientes. El primero a dilucidar es si el Poder Judicial, y la Potestad Jurisdiccional, son, o forman parte, de un «Servicio Público» y la respuesta es no. Y de ello se hace eco el primer párrafo de la Exposición de Motivos, tras su nueva redacción. Así, ahora en dicho párrafo se dice: « El sistema de Justicia de nuestro país, que da soporte al ejercicio de la potestad jurisdiccional...», que denota ese matiz diferencial. Desde luego, siempre se puede discutir si el «sistema de Justicia» (que no la potestad jurisdiccional, ni tampoco el poder judicial) es, en sentido estricto, un «servicio público», que no lo es, e incluso se puede argumentar, con sentido, que el sistema que da soporte al ejercicio de la potestad jurisdiccional, puede ser entendido como un «servicio público», del que, además, las competencias se pueden entender repartidas entre el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, los Gobiernos autonómicos, si tienen las competencias transferidas en materia de justicia, y el Consejo General del Poder Judicial, por cuanto que también incide, de manera directa e indirecta, en dicho «servicio público». Pero en dicha disyuntiva, resulta que una parte del contenido del Anteproyecto, una de las más relevantes, no consiste en establecer el derecho en los casos concretos (juzgar), o en hacer efectivo ese derecho reconocido (hacer ejecutar lo juzgado), sino que consiste, simple y llanamente, en resolver conflictos (algo que también se consigue con la jurisdicción), pues que, con dichos métodos se consiga, o no, un resultado justo, como se desliza en la Exposición de Motivos, no forma parte real de dichos métodos, y basta con poner de relieve que la mayoría se basan en acuerdos, pero acuerdos que en muchos casos se articulan a través de un contrato de transacción, y la transacción no persigue con fin esencial que sea justa, aunque pueda serlo. Y desde luego, a dicha resolución de conflictos no se llega con el «servicio público», sino «privado», pues al acuerdo llegan las partes.

Conviene no perder de vista que los MASC hunden sus raíces, y así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, en el derecho de la Ciudadanía a la autonomía privada, bien individual, bien colectiva. Es esa autonomía privada la que genera una «reserva de jurisdicción» que permite a las partes poder articular mecanismos o instrumentos de solución de conflictos al margen del Poder Judicial. Siempre se ha puesto de relieve que la Constitución española no nace en el vacío, y ello es cierto, en ella se condensan, de forma directa e indirecta, reglas básicas de ordenación de la Sociedad, pero sin olvidar que dichas reglas hunden las raíces en el pasado, del que traen causa. Por ello, los MASC no son algo nuevo, sino algo que ha estado presente en el ordenamiento español (6), que siempre ha contemplado dichos instrumentos, con más o menos predicamento, y con más o menos regulaciones legales, y que la Constitución no prohíbe, sino que permite. Eso sí, y luego volveremos sobre ello, los MASC (y en esto dejamos al margen el arbitraje, al que tampoco le vamos a prestar atención) se pueden articular solos, se pueden articular combinando a dos o más de ellos (los sistemas conceptuales no coinciden con la realidad legal), se pueden articular en combinación con la jurisdicción (como acontece actualmente y se acrecienta en la reforma), pero siempre deben permitir poder articular el «servicio público de justicia», pues en caso contrario, no se ajustaría a los requerimientos constitucionales, y ahora, además, también habría que decir a los requerimientos de la Unión Europea, que tiene reglas semejantes en la materia, pues no se puede prescindir del derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier manera, y menos obligando a un MASC que excluya dicho derecho fundamental.

Por ello, en la Reforma, se articula un sistema de solución de conflictos «privados» que coadyuve a una mejora del sistema de solución de conflictos «público», ya que se entiende que ello redundará en una mayor eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, apostando dicha aseveración, solo y exclusivamente, al margen de otras cuestiones (a las que luego no le presta la atención y la intención debida), a que va a reducir el volumen de asuntos que ingresan (y no negamos que ello es relevante), y los que se presumen que entrarán como consecuencia del período de pandemia. Vaya por delante, que, posiblemente (aunque a tiempo presente ya es real) que la mayor proporción de asuntos, no va a estar sólo y exclusivamente, en el ámbito privado, en sentido estricto, pues afecta también a los órdenes contencioso—administrativo y social, y para ellos, o no hay (contencioso—administrativo) o no se contemplan mejoras (social), o barreras de contención, como pueden ser entendidos los MASC. No vamos a negar que en el ámbito laboral ya están esas barreras, y eso no quita que el tiempo de espera en resolver (para un orden jurisdiccional considerado desde ese ángulo, «puntero», junto con penal) se ha disparado a intervalos anteriormente no visto (sirva de ejemplo, esperas de más de dos años para resolver «juicios de despido»). Y sirva de botón de muestra que, a tiempo presente, el Estado—Empresario, para sus relaciones laborales, ni está sometido a la reclamación previa a la vía laboral (que ya no existe desde 2015), y, tampoco, por interpretación de la Abogacía del Estado, y también de los Tribunales Superiores de Justicia, a conciliación—mediación. Sin embargo, algo que parece idóneo para la Justicia privada, no aparece en la Reforma del proceso laboral, para un sujeto que es el mayor empresario del país (en este caso no hay interés por la ciudadanía—trabajador y la consecución de soluciones justas).

Por ello, sin desconocer que el prelegislador en libre para titular sus normas, pienso que el elegido se

compadece poco con aquello que resulta relevante. Por otro lado, pensamos que debiera haberse deslindado el actual Anteproyecto en dos Anteproyectos (7) . Una Ley de Métodos Adecuados de Solución de Conflictos, y otra Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Con ello, en primer lugar, se hubieran evitado la crítica del CGPJ (en su Informe al Anteproyecto) (8) , en relación con parte de las reformas procesales, dado que van incluidas en artículos del propio Anteproyecto que luego se trasladan a sus propias normas, y en otros casos las modificaciones se incluyen en las Disposiciones Finales. Tiene razón el CGPJ, ello puede generar problemas de vigencia y de sucesión normativa, así que si sigue el Anteproyecto adelante, debieran pasar todas las reformas procesales a las Disposiciones Finales. Claro, que ello lleva al principio, si se hace eso ya no es un Anteproyecto de eficiencia procesal, sino una Ley de Métodos Adecuados de Solución de Conflictos. Como quiera que pienso que las reformas procesales son relevantes (aunque, desde luego, no estoy de acuerdo, con el sentido de muchas de ellas, y opino, al igual que el CGPJ, que muchas de ellas «tensionan inveterados principios procesales que han constituido verdaderos logros en el sistema procesal civil»), por ello, lo correcto hubieran sido dos normas y ambas reformas tendrían su peso específico y propio (ap. 22 del Informe).

De la manera en que se ha articulado, produce recelos, respecto de ambas cuestiones. Para los partidarios de un sistema de MASC privado, la forma de articular la reforma, a la que le faltan detalles y concreciones, le puede parecer que solo se quiere una «barrera» legal para que los pleitos tarden en llegar al juzgado, y desde luego, en algunos momentos la sensación señalada se percibe en el texto. Malas sensaciones, y percepciones, para una propuesta en la que, tanto desde el plano de la Exposición de Motivos, como de los requerimientos de la Unión Europea, así como de aquellas personas que creen, firmemente, en los MASC, se confía, pues si el resultado fuera ese, se trataría de volver a centenaria «conciliación» de la LEC de 1881, y recordemos que fue derogada en 1984, dada su manifiesta inutilidad (y luego veremos que dicha lectura es posible). Y recuérdese el dicho, «para ese viaje no necesitamos esas alforjas», así que se deje al colectivo buscar otros momentos e iniciativas para que los MASC reluzcan con su propia fuerza, que la tienen. Pero es que, a la inversa, tal como se ha articulado, y de forma directa (y también velada) pone de manifiesto el CGPJ en su Informe (Apartado 21), parece que la «jurisdicción» es la última ratio, «aparece postergada, en un segundo plano, como último remedio de solución de conflictos» (9) . Con ello está poniendo de relieve recelos con la articulación de los MASC en un momento en que parecía que todos los operadores jurídicos estaban de acuerdo en ello.

Por otro lado, respecto a los MASC, también se dice en la Exposición de Motivos, que «con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia». Lo cierto es que, dicha reflexión, no en cuanto a las palabras de Prugnon, durante la revolución francesa (pensamiento iluminista que luego se olvida en las reformas procesales, relativas a principios básicos), nos deja perplejos, pues se dice «la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado,...». Por un lado, si por derecho comparado entendemos el derecho de los países de Asia (por ejemplo, China (10) y Japón), perfecto, pues en los demás casos del derecho comparado son mecanismos que gozan, a tiempo presente, de las mismas características que en España. Si se dijera, todavía, en EE UU, vale, pues las corrientes de ADR y la

cultura jurídica americana han asimilado dichas cuestiones (11) . Pero, en el ámbito de la UE, creo que sus Informes en relación con la mediación no dicen precisamente eso (12) . Quizás, ello sea debido a que en las culturas jurídicas de la Europa continental dichos mecanismos, precisamente por razones culturales—y basta para ello con examinar los planes de estudio de grado en derecho—, no gozan de la misma importancia que tiene en otros países (aquí hay «tutela jurídica» y «tutela jurisdiccional», y generalmente no hay *tertius genus*). Por otro, hay una contradicción, pues no se «introducen» los mecanismos. Será que se «refuerzan», se les dota de mayores garantías, o que se acrecienta su visibilidad, e incluso que se mejoran su utilización, para terminar con un claro reconocimiento por parte de la sociedad y el Estado. Pero no se introducen, dado que ya existían. Cualquiera que conozca la Teoría de los medios de solución de conflictos sabe que la mayor parte de las ideas sobre los Instrumentos de solución de conflictos son bastantes antiguas, tanto como el devenir del hombre en sociedad por el mundo a lo largo de la historia (13) .

El autor aboga por una Ley de MASC propia, referida a sus necesidades en la que no solo habrá que tener en cuenta cuestiones estrictamente jurídicas, pues los MASC implican saberes, saberes transversales, algunos de los cuales no pertenecen al mundo jurídico

Finalmente, para cerrar este apartado, nos gustaría traer a colación algunas cuestiones que también aparece en la Exposición de Motivos, al principio. Por un lado, se dice, que se pretende «incorporar los nuevos valores de interdependencia, de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social». Y ello se anuda con la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia, como en la institución del jurado, cuestión a la que se debe abrir la justicia civil, la administrativa y la social, pues ello es una manera de que los ciudadanos «se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia». Lo primero que cabe preguntar es si dichos «nuevos valores» no están presentes cuando se plantea la puesta en marcha de un proceso, puesto que no dejan de ser valores que tienen su base (y principio) en los derechos y libertades fundamentales, y estos se encuentran protegidos por el proceso. Por otro lado, si para dichos nuevos valores la Justicia es su espina dorsal, dichos valores son elemento imprescindibles de la paz social, y desde luego, parecería que como ello se anuda a la participación de la ciudadanía en la administración de justicia (y en los MASC), en la jurisdicción, a través del proceso, entre sus fines no se encuentra la consecución de la paz social, cuando siempre ha sido uno de los fines del proceso, a lo que hay que sumar, para aquellos que creemos que el proceso debe ser «justo» o «equitativo» , que no es válido solo con conseguir soluciones «adecuadas» o «pactadas», sino ajustadas a los valores de la justicia, que no es lo mismo. Otra cosa que también se dice es que, en el contexto señalado, «también es responsabilidad de la ciudadanía contribuir a la sostenibilidad del servicio público de Justicia». Con ello, de alguna manera, se es consecuente con la reforma, aunque, desde luego, no se comparte el resultado, pues, efectivamente, se contribuye a sostener el

servicio público de Justicia, pero bajo un formato concreto, privatizando la justicia, pues el sistema MASC no es gratuito, y, en principio (aunque haya luego matizaciones al hilo de la Justicia Gratuita), lo va a sufragar la ciudadanía, pero nadie ha reflexionado o preguntado si la ciudadanía quiere sufragar MASC o más Jurisdicción, teniendo en cuenta que la ciudadanía ya sufraga Jurisdicción con sus impuestos, pero ahora, con la Reforma, va a sufragar MASC propios (de su patrimonio), y MASC de Justicia Gratuita y Jurisdicción (de sus impuestos), todo ello sin entrar ahora en la Tasa Judicial.

Por ello, abogo por una Ley de MASC propia, referida a sus necesidades, y no a las necesidades del proceso y la jurisdicción, en la que no solo habrá que tener en cuenta cuestiones estrictamente jurídicas, pues los MASC implican saberes, saberes transversales, algunos de los cuales no pertenecen al mundo jurídico (14). Y estamos a favor de una Ley de MASC transversal, para todos los sectores, pues la actual situación española es caótica, y contraproducente, cuando en realidad una norma unificada solucionaría problemas y permitiría saber qué efectos producen dichos instrumentos jurídicos. Sirva de ejemplo, que estamos comentando la mejora de los MASC privados, pero, sin embargo, los MASC penales, al hilo de la «justicia restaurativa», siguen pendientes de su desarrollo reglamentario, tras su regulación por la Ley del Estatuto de la Víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril).

Ya hemos señalado, que, aunque la Constitución solo hace referencia expresa a la Jurisdicción, lo anterior no ha significado que el constituyente no ampare otras formas de solución de los conflictos, todo lo contrario, puesto que del propio texto constitucional se deduce, aunque sea de forma implícita, que dichos mecanismos perviven y que deben tener su propio campo de actuación. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, ya sea en su faceta individual o colectiva, necesariamente implica que deben de existir campos en los que ésta pueda buscar sus propios mecanismos de solución de problemas, al margen de las previsiones del Estado, pero eso sí, con la posibilidad de pedir tutela judicial efectiva al mismo. Por ello, asumiendo cierta crisis en el sistema judicial vinculado al proceso (15), en los distintos campos del ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativo y social o laboral) se prevén mecanismos de solución extrajudicial de conflictos jurídicos (e incluso extra—jurídicos, por qué no decirlo).

Pero en relación con los MASC conviene tomar partido: o se está a favor o en contra, y en función de ello se analiza la cuestión. En nuestro caso estamos a favor de la necesidad de mecanismos que se sitúen al margen del proceso. En primer lugar, porque es la única manera que tiene la autonomía de la voluntad de poder satisfacerse plenamente, pudiendo regular incluso la manera en la que deben resolverse sus problemas, que no siempre debe girar en torno a la idea ganar/perder, propia del ámbito jurisdiccional, sino que, como es habitual en el campo de las conciliaciones y mediaciones, se pueda realizar bajo la órbita de ganar/ganar (16). En segundo lugar, porque la administración de justicia no resuelve todos los problemas, se circunscribe al ámbito de lo jurídico, con lo que todas las cuestiones que quedan al margen, pero que forman parte del conflicto, también deberían obtener solución, sobre todo porque posiblemente evitaríamos que el conflicto se perpetuase o se prolongase en el tiempo. Un claro ejemplo en el ámbito laboral, al que se le empieza a prestar la atención debida, es la solución de los conflictos colectivos de intereses (17). Por otro lado, una sociedad tremendamente tecnificada, en la que las relaciones humanas, económicas y sociales se

sucedan a una velocidad de vértigo, exige soluciones eficaces y rápidas, para las que la administración de justicia no está siempre bien preparada, o no puede, en el momento presente, satisfacer las necesidades de rapidez. Y no conviene olvidar que si, con carácter general, el «tiempo es oro», en el ámbito de la resolución de conflictos, el «tiempo es justicia», que a fin de cuenta es lo que reclaman los ciudadanos. Quizás las anteriores razones han llevado al legislador a contemplar distintos mecanismos de solución de conflictos al margen del proceso, que en la mayoría de los casos son promocionados, e incluso gestionados y sufragados, por la propia administración que empieza a apostar por los mismos, y ello con independencia de que ella siga utilizando su tradicional método, el proceso.

Sin embargo, no pongo como elemento de relevancia la cuestión del abaratamiento de los costes, pues no está demostrado que los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos sean, en cuanto al gasto asignado para la solución de los conflictos, más baratos que la Administración de Justicia. Habría que medir el número de asuntos resueltos, número de mediadores asignados, por ejemplo, y costo de sus servicios (que se pagan, en muchos casos, con fondos públicos), gastos administrativos para ello, medios materiales empleados, etc., actividad que no se ha realizado (18). Ello incluso ha generado que se critique el apoyo institucional prestado, sobre todo por las Comunidades Autónomas, por haber puesto a disposición del Sistema todo tipo de medios materiales y humanos, «exagerado respecto a su escasa rentabilidad práctica, medida desde el punto de vista del porcentaje de conflictos de los que conocen en relación con la conflictividad social generada en esos territorios», comparado con el asignado a la función jurisdiccional (19).

Ahora bien, que los Estados hayan favorecido estos mecanismos alternativos al proceso, no significa que en el desarrollo de los mismos, la Administración de Justicia no tenga nada que decir, y que el sistema discurra al margen de la misma, lo que es completamente incierto. Primero, porque, en último extremo la ejecución coactiva de estos mecanismos queda reservada, en muchos casos, al Juez, como posteriormente veremos. Segundo, porque, pese al escaso desarrollo que la cuestión tiene en el ordenamiento español, cabe una segunda interpretación de la expresión ADR o (MASC), en la que el acrónimo sustituye la palabra «Alternativa» por «Adecuada» (como acontece en el Anteproyecto), y en este contexto tienen pleno sentido que «los cauces de las ADRs no pueden plantearse como una fórmula «contra» los tribunales, ni puede pensarse en las mismas como cauces exclusivamente privados de solución de conflictos. La colaboración de los tribunales es punto esencial en aras a esa efectiva tutela pretendida, y la configuración desde o en la Administración puede ser un punto esencial para que efectivamente el sistema de las ADRs funcione.

Consecuentemente, debe asumirse que el mejor sistema consiste en la coexistencia pacífica de ambas vías de tutela» (20). Y bajo este postulado, bien se haría en observar los modelos y sistemas adoptados en los Estados Unidos de América, donde mediaciones y proceso se entremezclan, y los mismos operadores jurídicos desarrollan funciones jurisdiccionales y mediadoras (21). Y en tercer lugar, como ha señalado Desdentado Bonete (22), la clave de la eficacia jurídica de un sistema extrajudicial de composición reside en las normas procesales, ya que son éstas las que regulan la relación entre el sistema extrajudicial y el judicial, sobre todo si tenemos en cuenta que la autonomía (ya sea individual o colectiva) no tiene poder de disposición sobre las normas procesales. Para analizar dicha relación, y comprobar su eficacia hay que fijarse en tres elementos claves: i) grado de

obligatoriedad de su utilización, parámetro que hay que circunscribirlo a la relación del medio extrajudicial con el acceso al proceso, pues si se puede acudir directamente al proceso, sin pasar por el medio extrajudicial, dicho grado será mínimo o inexistente (23); ii) eficacia de sus resultados, ya que la solución a la que se llegue en el medio extrajudicial debe gozar de la misma eficacia que la sentencia, es decir, efectos semejantes a la cosa juzgada (si ello es posible, por ejemplo, en el arbitraje, o aplicando las reglas de la transacción civil) y ejecutabilidad, teniendo en cuenta que la utilización del medio extrajudicial no debe perjudicar el proceso judicial; y iii) estabilidad, lo que implica que los resultados, la decisión del procedimiento extrajudicial sólo puede ser impugnada ante un proceso judicial por motivos limitados.

III. CONCEPTO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS

A la hora de hablar del concepto y caracterización de los MASC, conviene fijarse en los términos legales elegidos para ello, y comprobar que se dice lo mismo y significan lo mismo en todos los casos, y el texto ya revisado para su remisión a Informe al Consejo de Estado sigue adoleciendo de problemas e incógnitas no resueltas. Así, por ejemplo, el Título Primero lleva por rúbrica «Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional» (24). Sin embargo, dicha mención, que se vuelve a reproducir en la rúbrica del art. 1, no es la utilizada para el concepto, pues se dice expresamente:

«A los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral».

Las dudas e incógnitas no despejadas vienen al hilo que «jurisdiccional» (reservado al juez) y «extrajudicial» (fuera del proceso) no son términos equivalentes. Simplemente, dejo la pregunta abierta, ¿sería válida una conciliación «pública» ante el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ)? El título dice «no jurisdiccional», luego sí incluye la conciliación del LAJ, pero la definición excluye la conciliación judicial, luego la realizada por el LAJ, aunque, salvo ese detalle, el resto de las cuestiones del concepto sí serían válidas. En caso de ser válida la segunda respuesta, ¿estamos sacando fuera de los juzgados los conflictos, o metiéndolos por otra puerta?. Ahí lo dejamos, pero desde luego, ambas interpretaciones son posibles. Alguien podría decir, con razón, que luego el art. 13.5º se refiere a la conciliación del LAJ prevista, efectivamente, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, incluidos entre los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional con regulación especial (previstos en el Capítulo III). Pero dicho precepto, también suscita dudas. Así, en el art. 13, ap. 2 (mediación civil y mercantil), ap. 3 (conciliación ante Notario) y apartado 4 (conciliación ante Registrador), se hace referencia que dichos métodos sí son presupuestos del proceso civil, mención que se omite para la conciliación del LAJ. Finalmente, nos quedamos con lo que establece el art. 13.1º, que dice que todas las modalidades de negociación previa reguladas en el capítulo (se refiere al tercero, que estamos comentando) serán válidas a los efectos de cumplir con el «requisito de procedibilidad» para la iniciación de la vía jurisdiccional, sin perjuicio de lo previsto en el art. 4.1º sobre el que luego volveremos. Moraleja, el concepto está mal

expresado, pues no se trata de «soluciones extrajudiciales», sino de «soluciones extrajurisdiccionales». Bueno, con ello hemos vuelto al principio, no demandamos, sino que solicitamos la conciliación ante la LAJ (téngase presente que dicha conciliación es gratis) para volver luego, si no funciona, al proceso, pero no salimos de los juzgados, como apuntábamos más arriba. La idea también era descargar a los juzgados y tribunales de trabajo, haciendo uso de los MASC, pero resulta que no va a ser así, solo hemos desplazado el trabajo, temporalmente si no hay éxito, del juez al LAJ, como si la sobrecarga de trabajo no recayera sobre él y el resto del personal del juzgado. Además, curiosidades de la vida, no hace falta postulación técnica (ni abogado, ni procurador), y el LAJ se limita a acercar posturas, pero nada de lo que luego se dice en el art. 15 del Anteproyecto para la conciliación privada. Resulta que la conciliación privada y pública tiene contenido diferente, la pública es como una mediación civil y mercantil, y la privada no, pues el conciliador tiene asignadas más funciones. Desde luego, no deja de resultar paradójica la regulación.

La segunda cuestión, ¿qué se entiende por «tercero neutral»? recordemos, que frente a otros textos normativo (suele ser muy habitual en las Directiva y Reglamentos de la UE), el Anteproyecto carece de un Anexo o un artículo de definiciones. Y ello es muy relevante. Desde luego, dada las funciones asignadas al Conciliador privado (art 15 del Anteproyecto), la idea de «neutral», para un sujeto al que se recurrirá para que emita, como regla general, soluciones, o incluso emita opiniones «no vinculantes», con unas reglas de juego muy parecidas a un proceso, se nos antoja muy lábiles las distinciones. Yo desde luego, me gustaría ver, negro sobre blanco, el concepto de tercero neutral, no vaya a ser que ocurra, como en otros casos, que la definición incluida sea la de independencia, o la de imparcialidad. De los terceros a los que se refieren en el Anteproyecto se dice que son imparciales, pero se dicen que son neutrales. Neutrales respecto de quiénes, de qué. Y por otro lado, muchos de los MASC a los que se hace referencia, incluyendo la mediación y la conciliación (pública o privada), incluyen unas normas o reglas procedimentales, en algunos casos de obligado cumplimiento. La exigencia de dichas normas lo es a través de decisiones. ¿Dichas decisiones qué son, imparciales, neutrales o parciales?, y ahí dejo la cuestión. Lo dicho, ¿qué es un «tercero neutral»? no como idea, sino como concepto legal (25).

Finalmente, para cerrar lo relativo al concepto, una cuestión más. Una rápida, como ocurre con el tercero neutral, ¿qué es una actividad negociadora? La Oferta vinculante confidencial, prevista en el art. 16 del Anteproyecto es una «actividad negociadora», cuando frente a ella solo hay aceptación. Voy más lejos, la «renuncia», prevista en el art. 20.1º LEC, es un MASC, en su sentido puro, ¿es una actividad negociadora?, ha cambiado su naturaleza de acto unilateral del demandante que pone fin a un proceso, y con sentencia (absolutoria del demandado), todo hay que decirlo, ¿es una actividad negociadora?. Y téngase presente que podría ocurrir fuera de un proceso, en cuyo caso, ¿debe existir actividad negociadora?. Lo contratos, con carácter general, suelen ser fruto de la actividad negociadora, ¿ello ya supone que estamos en el art. 1 del Anteproyecto? ¿Y que se ha cumplido el requisito de «procedibilidad»? Alguien dirá, bueno hace falta un «conflicto», y el contrato que pensamos que contiene, la solución al conflicto relativo a los intereses de las partes, aplicando lo previsto en el ordenamiento jurídico. Hace uso de la «tutela jurídica», para evitar o solucionar divergencias de intereses, que son los conflictos. El art. 4.1º del Anteproyecto nos dice, a efectos de cumplir con el «requisito de procedibilidad», que «singularmente, se considerará cumplido el

requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con este Título». Pues bien, dicha actividad negociadora, en qué difiere de la firma de un contrato, y desde luego no estamos pensando solo en el de transacción, que asumimos que es posible, y para el que no hace falta la regulación legal, pues ya se encuentra recogido en el Código civil. Luego, la mera negociación de los profesionales (algo que acontece frecuentemente, como primera regla de juego de un buen abogado), trasladada por escrito, ¿es documento suficiente para tener por cumplido el requisito?. Lo dejo ahí, pero insisto, mayor concreción sobre qué se entiende por «actividad negociadora» sería conveniente.

En cuanto al ámbito me preocupan, fundamentalmente dos cuestiones. La primera, se dice que se encuentran incluidos en el ámbito los conflictos relativos a asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizos (art. 2.1º del Anteproyecto). Pero por otro lado, se nos dice que quedan excluidos de la regulación las materias laboral, penal y concursal. ¿De verdad que están excluidas las materias laborales? ¿no están incluidas en la primera reflexión? pues para mí sí están incluidas, dado que un asunto transfronterizo de naturaleza laboral, a efectos de la UE, es de naturaleza civil, y por tanto incluido en el Anteproyecto, como lo está en Ley de mediación civil y mercantil, del que nunca se extrajeron. Y la segunda reflexión, es más preocupante, dada la redacción elegida. También se encuentran excluidos de los dispuesto en el Título (es decir, de los MASC y del requisito de procedibilidad) «los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público». Quiere ello, decir, que el Estado, como privilegio, queda excluido del sistema, pues no tiene que hacer uso de MASC, cuando quiere demandar, y tampoco se verá sometido a MASC, cuando deba ser demandado. Además, ello será así en los «asuntos de cualquier naturaleza» (es decir, todos los asuntos), y «con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse», es decir en todas las «jurisdicciones» (civil, penal, administrativo y social), hayan o no MASC regulados. La primera pregunta que se suscita, ¿esa regla es absoluta? ¿supone una derogación de cualquier norma que a tiempo presente ya lo prevea (que sí acontece)? ¿Si ello es así, cuál es la proporcionalidad de la medida y del privilegio? ¿cuál es el fundamento de dicho retroceso? Y no se diga que el Estado no negocia, por razones presupuestarias, y que se atiene al procedimiento administrativo (que todo hay que decirlo, también es un privilegio) y al proceso, pues a tiempo presente negocia (actividad negociadora de la prevista en el art. 1 del Anteproyecto), en el procedimiento administrativo y en el proceso (ya se civil, penal, administrativo o laboral), e incluso realiza arbitrajes. Actividades que realiza, bien de forma «informal», bien cuando así los prevén las normas legales (por ejemplo, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso—Administrativa). Claro que el privilegio, no afecta solo al Estado, con la expresión simple consignada, afecta al «Sector Público», y para su determinación habrá que estar al art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público. No voy a transcribir la lista, están el resto de administraciones públicas, pero también hay otras entidades de derecho público, y otras entidades de derecho privado, que por su vinculación con las administraciones públicas quedarán exoneradas de realizar MASC. Se dice que este cambio obedece a que habrá una norma para ellas, pero de promesas legislativas se podrían escribir ríos de tinta, y a alguna ya se ha hecho referencia más arriba (la Justicia «restaurativa»). Desde luego, si esta norma entra en vigor, el cambio de reglas de juego frente al Sector Público, será muy relevante. Y la

desproporción entre las exigencias a la ciudadanía (con MASC obligatorios), y la exigencias al Sector Público (sin ningún tipo de MASC), con dicho privilegio, es obvia.

En cuanto a los principios, y en concreto del principio de autonomía privada en el desarrollo de los MAC, previsto en el art. 3 del Anteproyecto, conviene hacer algunas acotaciones. Así el art. 3.1º del Anteproyecto señala que:

«1. Las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público. Las partes pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia».

De este ap. 1, simplemente llama la atención la determinación del objeto del MASC, pues en caso de acuerdo parcial, «las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que mantenga la discrepancia.» Y la pregunta es simple, ante el silencio del precepto, ¿todo tipo de discrepancia? ¿o solo los aspectos de la discrepancia que tenga relevancia jurídica?. Téngase presente que los MASC, aunque se puedan conceptuar de métodos jurídicos de solución de conflictos, para muchos, ello no significa que solo atiendan a conflictos jurídicos, pues ello no es así, dado que siempre se ha entendido, y así se sigue entendiendo, que pueden plantearse conflictos jurídicos, pero también simplemente conflictos de intereses, aunque carezcan de relevancia jurídica. No se puede perder de vista que el conflicto tiene diferentes parcelas, y todas no son jurídicas. Si las discrepancias son respecto de dichas parcelas, que no son susceptibles de tutela jurídica, tampoco lo podrán ser de tutela jurisdiccional, de ahí que planteemos la hipótesis. Hubiera bastado, posiblemente, con un añadido final: «...que se mantenga la discrepancia jurídica».

No voy a ocuparme de los casos en que no se somete el asunto a MASC, por no ser disponibles, aunque es una materia que también es susceptible de opiniones. Simplemente me llama la atención, que se excluyan las materias civiles (y también penales) vinculadas a la violencia de género, como se hace en la mediación, al ampliarse la exclusión del art. 87 ter LOPJ a dichos instrumentos, y sin embargo, no existan reglas claras para dicha materia, que se pueden suscitar, en el ámbito laboral. Es verdad que el proceso de tutela de los derechos fundamentales (en materia laboral), en el que quedaría, en principio, integrada la violencia de género que se puede suscitar en el ámbito laboral, no exige, por razones de rapidez, mediación y conciliación. Sin embargo, no es el único procedimiento en el que se puede ver inmersa la violencia de género, en el ámbito laboral, y en los otros posibles procedimientos sí está prevista la conciliación—mediación. Se tratará de un olvido, pero el olvido sigue presente, y ello que al hilo del Convenio de Estambul, es obvio que los acosos laborales por razones de género, forman parte de dichas medidas a proteger.

IV. PRESUPUESTO O REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

El art. 4.1º del Anteproyecto establece:

«1. En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el art. 1. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar».

El Anteproyecto opta por entender que el intentar un MASC de los previstos en la norma se considera un requisito de procedibilidad (26). Habrá que configurar qué se entiende por tal. Lo cierto es que, en el ámbito civil y laboral, tradicionalmente se ha hablado de «requisitos», de «presupuestos», e, incluso, dentro de estos últimos se ha hablado de «impedimentos procesales» y de «presupuestos procesales». Sin embargo, de «requisitos de procedibilidad» se ha hablado en el ámbito del proceso penal. Antes de adentrarnos en las distinciones tradicionales de los «procesos dispositivos», asumamos que con «requisito de procedibilidad» se está haciendo referencia a «presupuesto del proceso».

Tradicionalmente se ha distinguido entre impedimentos y presupuestos procesales. En ambos casos se trata de algo preprocesal que afecta a todo el proceso, y no a un acto concreto. Los matices provienen de su control. «Los presupuestos procesales son aquellas circunstancias de las que depende la admisibilidad del proceso en su conjunto, en cuanto preordenado a que en él se dicte una resolución sobre el fondo del asunto, y los impedimentos procesales son las circunstancias que tienen ese mismo efecto condicionante de la posibilidad de dictar una resolución de fondo; la diferencia entre aquéllos y éstos radica en que los primeros han de ser controlados de oficio por el órgano jurisdiccional, mientras que los segundos solo pueden ser apreciados si existe expresa alegación de parte» (27).

El legislador es libre de elegir una opción u otra. En el caso del Anteproyecto ha optado por entender que nos encontramos ante un «presupuesto». Así, en el Anteproyecto se reforma el art. 264 LEC (documentos procesales), para poner de manifiesto que con la demanda (o la contestación) habrá que presentar, ap. 4º, «El documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la Ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad». También se modifica el ap. 3 del art. 399 LEC, para incluir, entre otras cosas, que en la demanda «...se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y se manifestarán los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad.». Para, finalmente hacer constar, en la nueva redacción que se propone para el ap. 2 del art 403 LEC, que «No se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del ap. 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad, o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales».

El Anteproyecto opta por configurar los MASC como presupuesto del proceso civil, y lo hace, salvo casos concretos, con carácter de generalidad, para todos los procesos de carácter dispositivo, con lo que los declara obligatorios

En el ámbito del proceso penal, en algunos supuestos el legislador ha exigido que, para actuar procesalmente contra un posible autor de un hecho delictivo, deben cumplirse algunos requisitos previos, «requisitos de procedibilidad», que condicionan el inicio del proceso. Se trata de cumplir con intereses distintos al de la Administración de Justicia, que hacen ceder los suyos. Conviene no perder de vista que dichos requisitos no afectan al delito, sino a su persecución, aunque puedan afectarle. Un supuesto tradicional sería la exigencia de denuncia del agraviado u ofendido en los delitos semipúblicos. No obstante, sí hay un matiz relevante entre la exigencia de dicha denuncia y la exigencia de haber intentado un MASC. Producida la denuncia se pone en marcha el proceso, e incluso el denunciante no tiene por qué participar, pues no es parte en el proceso. Sin embargo, en el caso de los MASC, si se realiza y es positivo lo que no tendrá lugar, en la mayoría de los casos, será el proceso. Por ello, aunque la idea que se persigue con la «procedibilidad» sea la misma, preferimos el término «presupuesto», y así se evitan paralelismos.

Como se puede observar, el Anteproyecto opta por configurar los MASC como presupuesto del proceso civil, y lo hace, salvo casos concretos, con carácter de generalidad, para todos los procesos de carácter dispositivo, con lo que los declara obligatorios, y por tanto se prescinde de unas de las características conceptuales habituales en su configuración, el carácter voluntario. Ello, además, puede plantear otros problemas de carácter constitucional, como puede ser que atente contra el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE).

Vamos a empezar por los problemas de carácter constitucional. Para algunos, el declarar obligatorios los MASC, en el ámbito civil y mercantil, al afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, y pretender hacerlo con una Ley ordinaria, y no hacer uso de una Ley Orgánica (por aplicación del art. 81.1º CE), podría defenderse su inconstitucionalidad. Para otros, dada la novedad de la reforma, que si se aprueba, estará necesitada de futuro de retoques y ajustes, aprobarla por Ley Orgánica, podría petrificar los resultados. Bueno, respecto al primer supuesto, y sin desdeñar que la Corte Constitucional italiana (28), declaró la falta de ajuste a la Constitución del Decreto Legislativo 28/2010, de 4 de marzo, por razones formales, no creemos que ello vaya a acontecer en el caso español, dado que ya hay otros supuestos, presentes en el ordenamiento español desde hace tiempo, y el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado a favor de dicho defecto. Por ello, como pensamos que no hace falta que se regule por Ley Orgánica, no planteamos el segundo supuesto. De hecho, el TC se ha pronunciado sobre supuestos semejantes al que ahora se pretende aprobar en materia civil y mercantil, en el ámbito laboral, donde se contempla, mediaciones—conciliaciones preprocesales (art. 63 Ley de la Jurisdicción Social—LJS—), bien de carácter administrativo, bien de carácter convencional (vía art. 83 del Estatuto de los Trabajadores), que resultan ser obligatorias en la mayoría de asuntos, mecanismo de evitación del proceso que concurre con las reclamaciones

administrativas previas a la vía judicial, que siguen presentes en el ámbito laboral (aunque ahora, fundamentalmente, vinculadas con la materia de seguridad social, art. 71 LJS). Junto a ello, hay una conciliación—mediación intrajudicial que lleva a cabo el Letrado de la Administración de Justicia (art. 84 LJS), antes de la celebración del juicio oral por el juez. Y aunque se pueda pensar que ahí terminan las cosas, algunos olvidan, que la LJS reserva al juez la posibilidad de realizar actos conciliatorios (o de mediación según se mire) en el acto del juicio oral, actividad que suele pasar desapercibida, pero que uno de los especialistas que intervino en la redacción de la LJS, que era juez de lo social, se encargó de dejar en dicho trámite, y que, como bien me ponía de manifiesto en la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, era una manera de poder seguir realizando aquello que siempre ha sido una constante en el acto del juicio oral laboral, «poder conciliar o avenir a las partes cuando resulta necesario» (29).

En cuanto a si la introducción de los MASC debe ser, como instrumentos voluntarios, como «obligatoriedad mitigada», o todos obligatorios, es una cuestión para la que hay opiniones y leyes variadas (30). En materia laboral son obligatorios, y funcionan razonablemente, aunque la maraña de MASC, y de órganos encargados, debería arreglarse, pues ya ha transcurrido tiempo para ello. En el sistema jurídico chileno, en materia civil y mercantil se optó por una regla mitigada, estudiándose su ampliación, pues querían dotarse de un sistema parecido al de EE UU. Italia tiene un sistema mitigado, y a efectos de la UE parece ser el país al que mejor le van las cosas en esta materia. Bueno, por derivación, o por costumbre, a mí no me molesta el sistema laboral, sobre todo la rama convencional, y si se apuesta y se invierte en un modelo parecido, bienvenido sea. Ahora bien, si nos vamos a limitar a la «papeleta» de conciliación ante el Servicio Administrativo de turno, para eso nos quedamos como estamos, y que los MASC fluyan libremente, fruto de la negociación no reconocida, pero que indirectamente trasluce en las Estadísticas Judiciales. Por otro lado, ya he trabajado en un modelo de MASC con obligatoriedad mitigada, por cuanto que he sido una de las personas que intervino en la redacción del Proyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil del año 2011, que incluía dicha variante para la mediación, aunque el Proyecto decayera al convocarse elecciones, y luego tanto el Real Decreto Ley, como la Ley, no optaran por dicho modelo. Por ello, yo preferiría un modelo de obligatoriedad mitigada, pues pienso que no tiene sentido esa imposición general, dado que entiendo que en determinadas materias no hay necesidad de la imposición, sobre todo en aquellas materias patrimoniales tradicionales, donde lo que se quiere es una decisión jurídica. Y esa es la recomendación del Informe del CGPJ, que se hubiera optado por una obligación mitigada (aps. 43 a 49).

Finalmente en cuanto a que pueda afectar al derecho al acceso a la jurisdicción, por tanto a la tutela judicial efectiva, el Informe del CGPJ ha realizado un razonamiento que compartimos, en el que entiende que supera el test de proporcionalidad (31), por tanto, se ajusta a la constitución, y también a la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la obligatoriedad de la mediación previa a la interposición de la demanda establecida en la legislación italiana para determinada clase de materias (aps. 37 a 42). Solo un último detalle, el Informe del CGPJ recomienda trámite de subsanación para acreditar el intento de MASC (ap. 60), recomendación que compartimos, y que en el texto del Anteproyecto sigue «brillando por su ausencia».

V. ASISTENCIA PROFESIONAL, COSTOS Y COSTAS DEL SISTEMA

En materia de asistencia letrada, el art. 5 del Anteproyecto, ahora dice:

«1. Las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de abogado.

2. Únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes cuando se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de una oferta vinculante, excepto cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000 euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado para la realización o aceptación de la oferta.

3. En los casos en que no siendo preceptiva la asistencia letrada, cualquiera de las partes pretendiera servirse de ella, lo hará constar así en el requerimiento o en el plazo de tres días desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida. En ambos casos, deberá comunicarse tal circunstancia a la otra parte para que pueda decidir valerse también de asistencia letrada en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la notificación».

Bueno, frente a la complejidad de la primera versión del Anteproyecto, la nueva versión del art. 5, así como la supresión de otras menciones sobre la cuestión, sobre todo en la reforma de la Ley de mediación civil y mercantil, deja claro que la asistencia letrada, como regla general, será facultativa. Solo será preceptiva en los casos de formulación de una oferta vinculante (art. 16 del Anteproyecto), siempre que supere la cuantía de 2.000 euros, dejando a salvo los supuestos en que la legislación sectorial no exija la intervención de letrado. Ahora bien, si una de ellas, voluntariamente, decide hacer uso de la asistencia letrada debe comunicarlo a la otra, para evitar posibles situaciones de indefensión, y mantener la igualdad de las partes.

En cuanto a los costos del sistema, el art. 10 del Anteproyecto («Honorarios de los profesionales que intervengan»), establece:

«1. Cuando las partes acudan al proceso negociador asistidas por sus abogados habrán de abonar los respectivos honorarios.

2. En el caso de que intervenga un tercero neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Si la parte requerida para participar en el proceso negociador no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, deberá ésta abonar íntegramente, de haberlos, los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral.»

Luego, como ya expresábamos los MASC, como regla general, son una «servicio privado» de Justicia, y la idea es que cada persona que interviene abone sus gastos, al menos, los honorarios de abogado y los honorarios del tercero neutral, con la salvedad relativa a que la parte requerida para participar en el proceso negociador no acepte la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente.

A estas reglas, se le pueden anejar, a efectos de compensación, los supuestos de aquellas personas, que gocen del beneficio de justicia gratuita, pues, entre el contenido material de dicho derecho, se va a incluir, al añadirse por la Disposición final primera del Anteproyecto, un nuevo ap. 11 al art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita:

«11. Los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes.»

Pero no se pierda de vista, que no será siempre, solo cuando la intervención de los abogados sea legalmente preceptiva, o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes. Luego, excepcionalmente, para el supuesto de oferta vinculante superior a 2.000 euros, pero la legislación sectorial no elimine la asistencia, y para los supuestos en que haya que garantizar la igualdad de las partes, que dejan un mar de dudas, pues, ¿la mención qué significa?, que si voy voluntariamente con mi abogado, a la otra parte que, en principio no lo llevaba, sí se le abona, pero a mí no, pues, al que lo lleva voluntariamente, no lo es por igualdad de las partes.

Desde luego, la impresión es cristalina, no hay intención de abonarlos, pues no hay intención que vayan. No obstante, los honorarios del tercero neutral brillan por su ausencia, a no ser que sí aparezcan en la normativa de las Comunidades Autónomas, como así acontece en algunas, aunque puede pasar que luego ello quede en el anecdotario, pues no siempre se abonan. No vamos a negar que la Disposición adicional primera («Coste de la intervención del tercero neutral») del Anteproyecto señala:

«Para los casos en que la utilización del medio adecuado de resolución de controversias sea requisito de procedibilidad antes de acudir a los tribunales de justicia y para aquellos otros en que la intervención del tercero neutral se produzca por derivación de dichos tribunales una vez iniciado el proceso, las Administraciones con competencias en materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurren los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias.»

Luego, habrá que esperar a dicho desarrollo, si se aprueba la norma, pero una vez aprobada, y mientras dicho desarrollo llega (que puede ser como el de «justicia restaurativa»), los costos relativos al tercero neutral los abonan las partes. Solo una llamada de atención, al hilo de lo expresado al principio, suele haber una impresión que los MASC son más baratos que la jurisdicción, algo que no está acreditado o demostrado realmente. Esperaremos a averiguar honorarios profesionales, y téngase presente que se incluye toda la materia civil y mercantil. Ya veremos el criterio del TC sobre la materia, por cuanto, que esto sí podría suponer un obstáculo real al acceso a la tutela judicial

efectiva, si tenemos en cuenta que el derecho fundamental no está grabado con dichos costos, lo está el requisito de procedibilidad que obstaculiza el acceso a la jurisdicción.

Bueno, el Anteproyecto retoca los arts. 394, 395 y 398 de la LEC en materia de costas, para intentar bonificar la asistencia a los MASC, pero no incluye en el art. 241 LEC, los honorarios del tercero neutral, que no es objeto de modificación.

Los costos del sistema están necesitados una pausada reflexión, incluso aunque la norma se encuentre en segunda vuelta, camino del Parlamento

Creo que este apartado es aclaratorio del sistema elegido. Se quiere un sistema privado, donde las partes abonen los gastos, como regla general, y se intenta mitigar algo de los gastos, con las cláusulas de exoneración de costas del proceso, en caso de incumplimiento de realizar los MASC. Lo siento, para ello, hubiera sido mejor un sistema mitigado, para aquellas cuestiones de mayor naturaleza social, en el ámbito del derecho privado, y que el Estado asumiera los gastos (32). Uno se pregunta, ¿si hay dinero para pagar los MASC laborales? Como así acontece, ¿no lo hay para pagar los MASC de derecho privado, de índole social?. La justicia en el ámbito privado tiene dos vertientes claramente diferenciadas, una puede sufragar gastos (claramente vinculada con la suficiencia patrimonial, y nada hay que objetar en ello), y se dota de los MASC que quiere, y cuando quiere (y de hecho se va a los arbitrajes, a donde, por cierto, también llevan al Estado, para privarle de sus «privilegios»), y otra que no puede sufragar todo tipo de gastos (da igual que goce del beneficio de justicia gratuita o no), a la que se le va a ofrecer lo que vemos, que claramente supone incremento de costos, que deberá abonar en la mayoría de casos, por algo, que, en principio, ahora era directo: demandar. Reitero, creo que los costos del sistema están necesitados una pausada reflexión, incluso aunque la norma se encuentre en segunda vuelta, camino del Parlamento. Y si no es posible, pues se espera para mejores tiempos.

VI. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACUERDO ALCANZADO

En cuanto a la validez y eficacia del acuerdo, el art. 12 del Anteproyecto (anterior art. 10), ha sido objeto de claros retoques. Ahora, en relación con la validez y eficacia del acuerdo se dice:

«1. El acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación. El acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto. Contra lo convenido en dicho acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, sin perjuicio de la oposición que pueda plantearse, en su caso, en el proceso de ejecución.

2. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública, o ser homologado judicialmente cuando proceda en los términos previstos en el artículo anterior, o

bien constar en la certificación a que se refiere el art. 103 bis de la Ley Hipotecaria si es consecuencia de una conciliación registral».

Bien, este precepto supone una mejora frente al anterior art. 10, la versión inicial del Anteproyecto. Ha desaparecido la «cosa juzgada para las partes», que tiene su origen en la transacción del Código Civil (art. 1816), y que el TS hace ya muchos años que había dejado claro que no era realmente la cosa juzgada, y el Informe del CGPJ había objetado (aps. 41 y 76).

Sin embargo en materia de impugnación sigue siendo débil, pues de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos se pueden decir, y se deben decir muchas más cosas. Por ejemplo, cuál es el plazo para ejercitarla, solo se refiere a la nulidad, o incluye la anulabilidad y rescisión. ¿Tiene motivos formales o materiales?, a lo mejor habría que hacer referencia al posible procedimiento declarativo ordinario que corresponde para hacerlo, y también habría algo que decir sobre los efectos de la declaración de nulidad, por ejemplo, ¿qué efectos produce la declaración de nulidad respecto de los plazos de prescripción y caducidad interrumpidos o suspendidos?. Bueno, hay regulaciones sobre la materia, literatura y jurisprudencia, creemos que algunas cosas más se deben, y se pueden decir.

Finalmente, el mero acuerdo de MASC no es título ejecutivo, pues, bien hay que elevarlo a escritura pública, bien hay que homologarlo judicialmente, o bien constar en la certificación a la que se refiere el art. 103 bis de la Ley Hipotecaria. Aun así, dadas las redacciones existentes y las reformas que se operan, unos títulos se ejecutarán como las sentencias, y otros se ejecutarán por los trámites previstos para los títulos ejecutivos extrajudiciales (por ejemplo, las certificaciones del art. 103 LH). Y recuérdese que no son los mismos procedimientos exactamente, ni las mismas causas de oposición.

No obstante, y esto podría ser válido para los nuevos MASC, aunque sea una cuestión que, hasta ahora, se ha presentado respecto de los acuerdos o pactos de las partes que solucionan conflictos (transacciones, la mayoría de los casos) en los que se solicita la homologación judicial, al amparo del art. 19 LEC. Pues bien, salvo que haya variado de criterio, la DGRN tiene establecido que los autos de homologación dictados al amparo del art. 19 LEC no son documentos públicos, y por tanto no tienen encaje en el art. 3 de la Ley Hipotecaria, no pudiendo, en consecuencia, inscribir directamente aquellos títulos. Ello provoca que se deban protocolizar notarialmente documentos ya aprobados en sede judicial, y que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 517 ss. LEC, son títulos ejecutivos judiciales. La doctrina a que se hace referencia aparece reflejada, entre otras, en resoluciones de la DGRN de 6 de septiembre de 2016, 11 de mayo de 2017, y 11 de octubre de 2017. ¿Se han solucionado estos problemas? ¿Si no es así, por qué no están recogidos en el Anteproyecto, al que claramente le afecta?

Para finalizar este apartado, nos vamos a referir a una cuestión concreta. Parece ser que no es posible la ejecución, como si se tratara de una sentencia, de un acuerdo de mediación o conciliación, sin necesidad de estar elevado a escritura pública u homologado judicialmente. Dicha posibilidad aparecía en el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles del año 2011 (33). Dicho texto legal decía, en su art. 26 («Formalización del título ejecutivo»), que el «acuerdo de mediación, formalizado conforme a lo dispuesto en el art. 24, tendrá eficacia ejecutiva y será título

suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento». No voy a entrar en otras cuestiones del texto, pues en mi opinión sigue teniendo luces y sombras, y no he cambiado la misma, desde que intervine en su redacción (y debo decir, que le faltaron un par de meses para que el texto hubiera sido aprobado). De hecho, sigue diciendo que el acuerdo de mediación produce «cosa juzgada para las partes», como hace el art. 1816 Cc, y que la Jurisprudencia ya había determinado que era erróneo (pero no se consideró conveniente modificar el Cc, que lo hubiera solucionado), y otras cuestiones que no comparto (y tenía alguna errata, respecto de otras normas que se aprobaron en dicho momento, que luego, inexplicablemente— posiblemente por no preguntar— pasaron al Real Decreto Ley en que se transformó el texto no aprobado, y que estaban pendientes de Enmiendas en el Parlamento, cuando el Proyecto decayó). Pero del carácter ejecutivo, no es algo que piense que fuera erróneo. De hecho es una copia de un texto, bastante antiguo, y cuyo origen, con errores y virtudes se puede remontar hasta 1941 (y ya ha llovido desde entonces), aunque su explicación empieza a comienzos del Siglo XX. No voy a contar la historia completa, aunque sí pondré en conocimiento como hilarla y buscarla (34) .

Pero volviendo a donde quería ir, el actual art. 68.1º de la Ley de la Jurisdicción Social («Ejecutividad del acuerdo de conciliación o de mediación y de los laudos arbitrales firmes»), señala que: «Lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley», que lleva por rúbrica «De la ejecución de sentencias». Luego el acuerdo de conciliación o mediación, sin ratificación ante el juez o tribunal, luego sin homologación, es título para que se ejecute por los trámites previstos en la LJS para la ejecución de sentencias. Nada nuevo, pero en vigor, desde el año 2011 por cierto, y en un cuerpo normativo que fue aprobado por unanimidad de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Pero, uno puede preguntarse, ¿se aprobó esa novedad?, no era novedad, era una idea que se remonta a la Ley de 26 de septiembre de 1941, de ahí saltaría a la Ley de 24 de abril de 1958, y de ella a la Ley de Procedimiento Laboral, de 4 de julio de 1958 (la primera LPL), sucediéndose en todas las LPL hasta la de 1980 (aprobada ya la Constitución). No voy a negar que la redacción, en parte todavía vigente, era diferente, y fundamentalmente lo que se ponía de manifiesto era que lo convenido en conciliación previa o sindical, sin necesidad de ratificación judicial, tenía la consideración de título ejecutivo de los del art 1429 LEC de 1881, y ordenando que se procediera por esos trámites ante el incumplimiento del obligado. Después de sucesivos textos refundidos de LPL, en 1989 se aprueba la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, que dará lugar a la LPL de 1990, como primer texto articulado de procedimiento laboral. El art. 68 de la LPL de 1990 decía: «Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias». Como se puede ver, se produce un salto cualitativo, en dicha LPL, ejecución por los trámites de sentencia, luego, pese a que estaba todavía en vigor, se prescinde del art. 1429 LEC, ya que no se van a seguir los trámites del juicio ejecutivo, sino los previstos para las sentencias. Y dicha redacción se mantendrá en la LPL de 1995. Si se observa dicha redacción y la que hemos recogido en el actual art. 68.1º LJS, no hay grandes diferencias, pero sí suponen un salto respecto a las versiones antiguas que se remitían al «juicio ejecutivo» del art. 1429 LEC. Y por si alguien tuviera alguna duda, el art. 237.1º LJS confirma

que los títulos extrajudiciales se ejecutan en la forma establecida en la LEC para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial, con las especialidades de la LJS. Luego, pregunto, ¿se pueden ejecutar títulos extrajudiciales (y, además, apostillo, por obligaciones de dar, hacer y no hacer, no solo deudas dinerarias) que no son «escrituras públicas»? Pese a que la doctrina creía que no, parece que sí, y llevamos años haciéndolo, y desde luego, no han sido, ni «cantos de sirenas», ni ningún «lobby formado por los expertos en el método», como se dijo entonces (35). En todo caso, el origen, aunque extraño, hay que atribuírselo al «Sindicato vertical», cosas de la vida. Por otro lado, se podría objetar, claro, pero lo hace un «funcionario», el abogado—conciliador del servicio administrativo de conciliación al que se hace referencia en el artículo 63 LJS. Bueno, sí, pero será un documento administrativo, ya que no es un fedatario público, pero si hablamos de las mediaciones—conciliaciones convencionales, fruto de los Acuerdos del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores, los mediadores no son, necesariamente, funcionarios, puede ser un abogado, un representante sindical, etc., como mediador, y el acuerdo será de los previstos en el art. 68 LJS.

Pero, en todo caso habría que acordarse en la redacción de la LEC de 1881, sobre todo, en relación con los juicios ejecutivos, ahora que se entiende que la ejecución es única. Parece olvidarse los arts. 1429, 1430 y 1431, que preveían la acción ejecutiva fundada en un documento privado. Y alguien dirá, bueno, pero no se hacía, o sí. Tengo la suerte que mi pareja es Letrada, lleva ejerciendo más de 30 años, y recuerdo que entre sus clientes estaba una «financiera de coches». Y recuerdo cuando la financiera, con la LEC de 1881 decidió que no iba a intervenir ninguna póliza de compra de vehículos, y así lo hizo (análisis económico del derecho), pues, en sus cálculos, para los asuntos que terminaban en «judicial», como se les llamaba, no era rentable intervenir todas las pólizas. Para los asuntos «judiciales» decidió hacer uso de dichos trámites ya citados, y al principio, uno pensaba, no van a funcionar, pero, funcionaron, digo que si funcionaron, que ya no volvieron a venir pólizas intervenidas. Si uno mira dichos trámites, recuerdan, bastante, al procedimiento monitorio, que, a tiempo presente, permiten rápidamente ejecutar, por ejemplo, un albarán de compras. Luego discutiremos su naturaleza, su esencia, pero desde el plano práctico son «reyes» de los juzgados de primera instancia, por el volumen de asuntos que ocupan en sus estadísticas. Jurisdicción voluntaria, juicio ejecutivo, lo que queramos, pero rapidito a la ejecución, y con un documento privado. Que algunos no funcionan, pues es verdad, pero si se cogen las estadísticas, lo dicho, los reyes de los juzgados de primera instancia.

Por cierto, para finalizar, el tema, el Proyecto decía más cosas, y esas pasaron desapercibidas. Así, se modificaba el art. 517 LEC, ya que su apartado segundo tenía la siguiente redacción (títulos que tienen aparejada ejecución): «Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación», pero todos, no solo los del Proyecto, pues había otras mediaciones que cubrir en otras leyes, y el precepto lo hacía. Pero también se incluía una reforma al art. 551.1º LEC, añadiéndole un nuevo párrafo, que decía «Cuando se trate de una demanda ejecutiva, consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de mediación, el Tribunal deberá verificar que su contenido no sea contrario a Derecho», y en la reforma al art. 556.1º LEC se decía, en su segundo párrafo, «En el caso del acuerdo de mediación el ejecutado podrá oponer que su contenido es contrario a Derecho». Ahí estaban las salvaguardas para ejecutar «documentos privados», cuando las cosas no fueran bien, o dicho control tiene sentido si lo hace el Notario, pero no si lo hacen en el juzgado. Y ahora que se analice si no se

puede hacer esto en el sector privado, cuando se hace en el sector laboral, y curioso, en el proceso laboral no hay estas salvaguardas, y funciona.

VII. CONFIDENCIALIDAD

El art. 8 del Anteproyecto se dedica a la confidencialidad y protección de datos. No voy a consignar todo lo que se dice, que luego se reitera en las modificaciones que se hacen para la mediación. Solo me interesa algunos aspectos y la interpretación que debe dársele al mismo. Fundamentalmente me interesa qué documentos e informaciones son confidenciales para las partes y el tercero neutral o mediador, pues, su aportación al proceso posterior estaría prohibida (art. 283.3º LEC). Y para ello voy a poner un ejemplo bien simple. Se trata de una mediación unida a un proceso de familia, a una separación contenciosa. Durante el procedimiento de mediación, las partes aportan diferente documentación, que constan en Registros públicos, además de sus declaraciones del IRPF. La pregunta es bien simple, ¿el juzgado de familia no puede hacer uso de la documentación que consta en Registro públicos, o de las declaraciones del IRPF? Bueno, el art. 8.1º del Anteproyecto establece que:

«El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, que quedará sujeto al deber y derecho de secreto profesional, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación.»

A tenor del precepto, la documentación citada sería confidencial. ¿Es correcto?, creo que no, por ello debiera dársele una buena vuelta al apartado 1 del art. 8, y lo mismo en mediación. Si la documentación, por lo demás, constara en Registros públicos, o formara parte de los expedientes de las administraciones públicas, no deberían quedar cubiertas por dicho velo, pues en caso contrario, la cuestión es bien sencilla, pedir MASC e introducir en él todo aquello que no queremos que sea utilizado el ulterior proceso, pues de esa manera pasa a ser confidencial, y su petición a efectos de prueba en el proceso estaría vetada por aplicación del art. 283.3 relativo a la prueba prohibida.

Se quedan en el tintero muchas otras cuestiones, pero pensamos que ya se han dicho suficiente cosas sobre la Reforma. Como resumen de lo dicho, Anteproyecto valiente, pero, deberían reflexionarse algunas cosas y mejorarlas, y en dicho sentido van los comentarios realizados, pues sería muy relevante que el sector de la Justicia civil tuviera su sistema de MASC.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ—ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3ª ed., 1ª reimpression, México, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ARMENTA DEU, M.T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en*

tiempos de cambios, Madrid, Marcial Pons, 2021.

BANDIERI, L.M., «La negociación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades par una necesidad emergente* (Soletto Muñoz y Otero Parga, Coords.), Madrid, Tecnos, 2007.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

BARONA VILAR, S., «Introducción», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coordinadora la autora), Edit. Cívitas, Madrid, 2004.

BARONA VILAR, S., «Justicia civil post—coronavirus, de la crisis a algunas de la reformas que se avizoran», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 (2020), págs. 776 a 787.

BARONA VILAR, S., «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», en *La Ley, Mediación y Arbitraje*, Nº 1 (2020), pp. 4—5,

BELLIDO PENADÉS, R., «Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de derecho privado en derecho español (a propósito del Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal)», en *Meditación sobre Mediación (MED+)* (Barona Vilar, Edit.), Valencia, Tirant lo Valencia, 2022.

BUTTS GRIGGS, T., «La mediación en Norteamérica», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (Soletto Muñoz y Otero Parga, Coords.), Madrid, Tecnos, 2007.

CASAS BAAMONDE, M.E., «Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el derecho español», en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Madrid, Fundación SIMA, Madrid, 1999.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «Métodos alternativos de resolución de conflictos ¡es necesario menos proceso», en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Cachón Cadena y Pérez Daudí, Coords.), Edit. Atelier—Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2019.

DE PALO, D'URSO, TREVOR, BRANON, CANESSA, CAWYER y FLORENCE, *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Dirección General de Política Interna, Departamento de defensa de los derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales , Bruselas (Bélgica), 2014.

DESDENTADO BONETE, A., «El tratamiento procesal de los procedimientos no jurisdiccionales», en *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994—1996)*, con Cachón Villar, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

FOLGUERA CRESPO, J., «Comentario al art. 85», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª Edic., Edit. Lex Nova, Valladolid, 2011.

GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH, «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad

de las partes: las cláusulas de mediación», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.COM), nº 4 (2013).

GORJÓN GÓMEZ, F., «El poder de la mediación», en *MSC Métodos de Solución de Conflictos. Revista Internacional de Investigación Científica y Práctica en MSC*, Vol. O2, Nº 2 (2022).

KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Trad. Cast. de la 4ª edición alemana, Madrid, 1932.

LI, Xinwei, *La mediación en China. Aportaciones de occidente*, Edit. Dykinson, Madrid, 2017.

LÓPEZ YAGÜES, V., «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil», en *Práctica de Tribunales*, nº 137 (2019).

LÓPEZ YAGÜES, V., «Mediación y otros MASC ¿Hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de eficiencia procesal?», en *Meditación sobre Mediación (MED+)* (Barona Vilar, Edit.), Valencia, Tirant lo Valencia, 2022.

MARCOS FRANCISCO, D., «Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal», en *Meditación sobre Mediación (MED+)* (Barona Vilar, Edit.), Valencia, Tirant lo Valencia, 2022.

MARTÍN DIZ, F., «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?», en *Práctica de Tribunales*, Nº 137 (2019).

MONTERO AROCA, J., «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1981.

MONTERO AROCA, J., «Las conciliaciones en el proceso laboral», en *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. J. M. Bosch, Barcelona, 1981.

MONTERO AROCA, J., «Comentario al art. 68», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (junto con Iglesias Cabero, Marín Correa y Samp Pedro Corral), Tomo I, Edit. Civitas, Madrid, 1993.

MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*, Valencia, Tirant lo Valencia, 1999.

PERDIGUERO BAUTISTA, «Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral», en *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial*, Edit. CGPJ, Madrid, 1995.

PÉREZ CEBADERA, «La ejecutoriedad del acuerdo de mediación», en *Revista de Jurisprudencia*, nº 2 (2013).

PÉREZ DAUDÍ, V., «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.COM), nº 2 (2019).

PIÑAR GUZMÁN, B., «Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de

Controversias (MASC)», *Diario La Ley*, nº 9793, 2021, edición digital, pág. 4.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., «Conciliación, mediación y arbitraje en España», en *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la unión europea* (Director Valdés Dal—Ré), Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

SANTANA TRUJILLO, A., «Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)», *Diario La Ley*, Nº 9793 (2021), edición digital, pág. 5.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

TARUFFO, M., «Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal», en *Revista Doxa*, nº 22 (1999), págs. 311 a 320.

.....

(1)

Este Trabajo es fruto del trabajo realizado para el Proyecto «La Tutela de Consumidores y Usuarios. El Marco Europeo. Su aplicación en el Ordenamiento Español y los Sistemas de Actuación y Protección en Andalucía» (US—15413), dentro de los Proyectos de I+D+I en el marco del Programa operativo FEDER Andalucía 2014—2020. Miembro del Grupo de Investigación PAIDI, de la Junta de Andalucía, «Sistema penal y Criminología (SISPECRIM)» (Referencia SEJ 571). Investigador del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación (UC3M). ORCID: 0000—0001—6214—8519.

[Ver Texto](#)

(2) D. Marcos Francisco, «Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal», en *Meditación sobre Mediación (MED+)* (Barona Vilar, ed.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 65.

[Ver Texto](#)

(3) Sobre el tema, al hilo de las reformas y, también, los MASC, Barona Vilar, «Justicia civil post—coronavirus, de la crisis a algunas de las reformas que se avizoran», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 (2020), pp. 776 a 787.

[Ver Texto](#)

(4) Haciendo referencia al desarrollo histórico del Derecho procesal, señala KISCH que aun cuando sus orígenes remotos se desconocen, «hay indicios que permiten creer que en los tiempos primitivos era función de los particulares el hacer prevalecer sus intereses lesionados por la fuerza de cada uno», pero «los inconvenientes de tal autodefensa debieron inducir a la sociedad a combatirla; primero, si no proscribiéndola por los menos sujetándola a ciertos límites; más tarde prohibiéndola totalmente, al mismo tiempo que se hacía prevalecer la composición voluntaria, obligando al lesionado a contentarse con un acuerdo particular. La familia, la Sippe, la tribu, asumieron la función de acallar las contiendas, como cosa propia de ellas, si bien en un principio sólo cuando los interesados se les sometían

voluntariamente y solamente más tarde también contra su voluntad». Vid. Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Trad. Cast. de la 4ª edición alemana, Madrid, 1932, pp. 24—25.

[Ver Texto](#)

- (5) D. Marcos Francisco, «Reflexiones en torno...», *loc. cit.*, pp. 65 y 66.

[Ver Texto](#)

- (6) Así, J. Montero Aroca, señala que la conciliación estaba presente en las Ordenanzas que regulaban el proceso mercantil ante los Consulados de Comercio. Vid. «Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1981, pp. 152 ss.

[Ver Texto](#)

- (7) Sobre la partición en dos Anteproyectos también se han manifestado, B. Piñar Guzmán y A. Santana Trujillo, «Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)», *Diario La Ley*, Nº 9793 (2021), edición digital, pp. 4 y 5, respectivamente. También D. Marcos Francisco, «Reflexiones en torno...», *op. cit.*, p. 67.

[Ver Texto](#)

- (8) Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal al Servicio Público de Justicia, aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión de 22 de julio de 2021.

[Ver Texto](#)

- (9) Y como sigue diciendo, el Informe, en el Apartado 21: «De esta forma, so pretexto de reforzar la responsabilidad de la ciudadanía en la administración de Justicia, se diseña un régimen de solución de conflictos previo a la jurisdicción, que queda en un segundo escalón, con el riesgo de ver degradada su función constitucional, cuya relevancia se relativiza. La finalidad de la generalización de estos mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, y su misma funcionalidad, no reside, entonces, en servir de instrumento eficiente, eficaz y efectivo para superar las deficiencias estructurales del sistema de Justicia, sino en constituir el mecanismo adecuado para solucionar los conflictos en las relaciones jurídico—privadas de naturaleza disponible y para alcanzar la paz social, respecto del cual la jurisdicción se presenta como remedio de último recurso, lo que lleva aparejada la peligrosa idea de la ineficiencia e ineficacia de la vía y la respuesta jurisdiccional.»

[Ver Texto](#)

- (10) Sobre la mediación en China, LI, Xinwei, *La mediación en China. Aportaciones de occidente*, Madrid, Dykinson, 2017.

[Ver Texto](#)

- (11) Sobre el movimiento ADR en EE UU, S. Barona Vilar, «Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI», en *La Ley, Mediación y Arbitraje*, Nº 1 (2020), pp. 4—5,

[Ver Texto](#)

(12) Sobre ello, *Vid.* De Palo, D'Urso, Trevor, Branon, Canessa, Caywer y Florence, *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Dirección General de Política Interna, Departamento de defensa de los derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Bruselas (Bélgica), 2014.

[Ver Texto](#)

(13) Sobre la cuestión, por todos, N. Alcalá—Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3ª Edic., 1ª reimpresión, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

[Ver Texto](#)

(14) Sobre dicha transversalidad, y aunque podría citar otras obras del autor, recientemente, F. Gorjón Gómez, «El poder de la mediación», en *MSC Métodos de Solución de Conflictos. Revista Internacional de Investigación Científica y Práctica en MSC*, Vol. 2, nº 2 (2022).

[Ver Texto](#)

(15)
De todo cuanto llevamos dicho creo que ha quedado claro que el sistema principal sigue siendo el proceso. Pero hoy día éste empieza a perder su posición preeminente. En la mayoría de los Estados el sistema judicial vinculado al proceso ha entrado en crisis, en unos antes que en otros, pero se podría predicar la idea con carácter general. Dicha crisis podría ser sintetizada en dos grandes planos: falta de coherencia y falta de funcionalidad. En el primero podríamos poner de relieve tres posibles fenómenos. Así los Estados carecen de posibilidades de asegurar el orden y unidad de las leyes procesales (por ejemplo: creación de estatutos privilegiados para determinados grupos o categorías de personas); por otro lado, dada la tardanza de los Estados en reaccionar ante el surgimiento de los problemas, nos encontramos ante leyes procesales incompletas, tanto desde el plano formal (falta de normas) como material (falta de funcionamiento de las normas); cuando el Estado reacciona realiza reformas apresuradas, parciales, al margen de todo diseño orgánico y sistemático y muchas veces plagadas de normas técnicamente defectuosas. El segundo plano, la crisis de funcionalidad, se traduce en crisis de efectividad a la hora de otorgar tutela jurisdiccional, sobre todo por las dilaciones a la hora de resolver. Al hilo de este defecto ha surgido con fuerza el fenómeno ahora conocido como *Alternative Dispute Resolution* (en adelante ADR), que incluye, no todos los métodos anteriormente citados, sino que viene referido a instrumentos como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. El legislador, para reducir los retrasos y la ineffectividad de la organización del sistema judicial se vuelca en la búsqueda y desarrollo de alternativas al proceso. Sobre el tema, *vid.* M. Taruffo, «Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal», en *Revista Doxa*, nº 22 (1999), pp. 311 a 320. Sobre dicha tendencia de huida del proceso judicial hacia los MASC, Armenta Deu, *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 94 ss. Sobre la idea de crisis vinculada a los MASC, V. López Yagües, «Mediación y otros MASC ¿Hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de eficiencia procesal?», en *Meditación sobre Mediación (MED+)* (S. Barona Vilar, edit.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 129 ss.

[Ver Texto](#)

(16) Aunque se citan dos modelos, ganar/perder (modelo competitivo) y ganar/ganar (modelo colaborativo), también sería posible perder/perder (modelo evitativo) y perder/ganar (modelo acomodativo). En mi opinión, pese a que las primeras son las opciones principales, en materia judicial o en mediación, sin embargo la práctica demuestra que en ningún campo quedan excluidas las demás, así, por ejemplo, en el campo judicial sería factible el modelo colaborativo (aunque suela ser excepcional), e incluso el modelo evitativo. Sobre los modelo de negociación, vid. Bandieri, «La negociación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades par una necesidad emergente* (Soletto Muñoz y Otero Parga, Coords.), Madrid, Tecnos, 2007, pp. 112 a 127.

[Ver Texto](#)

(17) Sobre el tema, Rodríguez Fernández, «Conciliación, mediación y arbitraje en España», en *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la unión europea* (director Valdés Dal—Ré), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 53 ss. A ello debe unirse, en el campo laboral, la necesidad de dotar de mayor fortalecimiento la autonomía colectiva, que ha generado también un cambio de cultura y de entendimiento del sistema de relaciones laborales, tradicionalmente basado en el conflicto y su solución vía judicial, por uno basado en la cooperación y cuyos problemas se solucionan mediante la negociación o a través de procedimientos autónomos o privados.

[Ver Texto](#)

(18) Así, por ejemplo, en el ámbito de los MASC convencionales laborales, el Gobierno de Cantabria, aportó a la fundación que gestiona el Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre resolución extrajudicial de conflictos laborales, en el año 2001, 39,5 millones de euros. En los presupuestos de la Junta de Andalucía, dentro de las partidas presupuestas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) para el año 2007, se consigna una partida de «compensación Agentes Sociales por su participación en el SERCLA» de 1.187.142 euros, y de 1.305.856 euros para el año 2008. Si, según la memoria de actividades del SERCLA, en el año 2007, ingresaron 713 asuntos colectivos y 39 asuntos individuales, y asumiendo como gasto principal dicha compensación (obviamente hay otros), saldría que cada asunto cuesta 1.578 euros, que es una cantidad respetable. Ciertamente, ponderar las bondades del sistema sólo y exclusivamente por sus costos de gestión y ejecución, y no tener en cuenta los beneficios del sistema, sobre todo si medimos el número de horas no perdidas en los asuntos arreglados previos a la huelga (5.364.952 horas en el año 2007 en el caso del SERCLA), sería hacerle un flaco favor, pero sí sería conveniente que las Memorias anuales abordaran las cuestiones económicas con mayor amplitud (normalmente inexistentes), que también redundan en beneficio del sistema.

[Ver Texto](#)

(19) Perdiguero Bautista, «Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral», en *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1995, p. 277.

[Ver Texto](#)

(20) S. Barona Vilar, «Introducción», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coordinadora la autora), Edit. Cívitas, Madrid, 2004, p. 63. En la misma línea se sitúa M.E. Casas Baamonde, «Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el derecho español», en *Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales*, Madrid, Fundación SIMA, 1999, p. 14, para quien «en la caracterización de los

procedimientos autónomos de solución de conflictos no debe utilizarse, en cambio, un enfoque basado principalmente en la lógica de oposición a la solución judicial. Formulada esa oposición en términos abstractos, conduce a un falso debate. Sin perjuicio de sus posibles conexiones (carácter previo de la solución autónoma; impugnación judicial del laudo arbitral; ejecución judicial de acuerdos de conciliación y mediación y de laudos arbitrales), que desmienten tal oposición y exigen colaboración judicial hacia los procedimientos autónomos, la función de éstos es la de instrumentar la participación de los representantes de los trabajadores y empresarios en la composición de la conflictividad social entre éstos generada». Sobre el fomento del carácter complementario de la mediación, F. Martín Diz, «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?», *Práctica de Tribunales*, nº 137 (2019); V. López Yagües, «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil», en *Práctica de Tribunales*, nº 137 (2019); Castillejo Manzanares, «Métodos alternativos de resolución de conflictos ¿es necesario menos proceso», en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Cachón Cadena y Pérez Daudí, Coords.), Edit. Atelier—Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2019, pp. 97 ss.; y S. Barona Vilar, «Psicoanálisis de las ADR», *op. cit.*, p. 3.

[Ver Texto](#)

(21) Sobre el tema, S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp.47 ss.. También, Butts Griggs, «La mediación en Norteamérica», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (Soletó Muñoz y Otero Parga, coords.), Madrid, Tecnos, 2007, pp. 204 ss.

[Ver Texto](#)

(22) «El tratamiento procesal de los procedimientos no jurisdiccionales», en *Reforma y Crisis del Proceso Social (1994—1996)*, con Cachón Villar, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 235 ss..

[Ver Texto](#)

(23) Para evitar dicha situación cabe configurar el medio extrajudicial como un trámite previo al proceso obligatorio (como son los casos de los MASC privados que luego veremos, y la postura tradicional en el ámbito laboral), o configurar el medio extrajudicial como un medio necesario de sustitución del proceso, es decir, excluir la jurisdicción del órgano jurisdiccional, por ejemplo sometiendo a las partes a un arbitraje obligatorio (caso, con sus matizaciones, del «arbitraje» obligatorio electoral), pero que permite su impugnación ante la jurisdicción por el fondo del asunto.

[Ver Texto](#)

(24) Crítica con la denominación, V. López Yagües, que aboga por «Métodos basados en el Acuerdo para la Solución de los Conflictos», que también es MASC. *Vid.* «Mediación y otros MASC...», *loc. cit.*, p. 137

[Ver Texto](#)

(25) La Disposición adicional tercera del Anteproyecto señala que:

«A propuesta del Ministerio de Justicia, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el estatuto del tercero neutral interviniente en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, incluyendo un

régimen de incompatibilidades y de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en dicho estatuto.

El estatuto regulará la obligación de los terceros neutrales que intervengan en los medios adecuados de solución de controversias de remitir la información que se establezca sobre su actividad, a los únicos efectos de elaboración de una estadística de este sector y con respeto a las normas sobre confidencialidad y protección de datos.

Las Administraciones con competencias en materia de Justicia acordarán la estructura y contenidos de la información sobre la actividad de los terceros neutrales, así como la periodicidad y forma de remisión al Ministerio de Justicia por parte de los órganos autonómicos correspondientes.»

[Ver Texto](#)

(26) Para un análisis de las Reformas anteriores al Anteproyecto, entre ellos el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de 2019, e incluyendo el actual Anteproyecto, Bellido Penadés, «Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de derecho privado en derecho español (a propósito del Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal)», en *Meditación sobre Mediación (MED+)*, op. cit., pp. 107 ss.

[Ver Texto](#)

(27) Vid. J. Montero Aroca, *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 20.

[Ver Texto](#)

(28) Sentenza 6 de diciembre 2012, nº 272.

[Ver Texto](#)

(29) Me estoy refiriendo al art. 85.8º LJS, que establece que «El juez o tribunal, una vez practicada la prueba y antes de las conclusiones, salvo que exista oposición de alguna de las partes, podrá suscitar la posibilidad de llegar a un acuerdo, y de no alcanzarse el mismo en ese momento, proseguirá la celebración del juicio». Sobre el art. 85.8º LJS, vid. Folguera Crespo, «Comentario al art. 85», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 392 a 400.

[Ver Texto](#)

(30) Vid. Marcos Francisco, «Reflexiones en torno...», loc. cit., pp. 79 ss. También, Ginebra Molins y Tarabal Bosch, «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.COM), nº 4 (2013) y Pérez Daudí, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.INDRET.COM), nº 2 (2019), pp. 6 a 9.

[Ver Texto](#)

(31) Un análisis parecido puede verse en Pérez Daudí, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la

tutela judicial efectiva, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), nº 2, 2019, pp. 11 a 30.

[Ver Texto](#)

(32) Los Tribunales han hecho recomendaciones sobre materias susceptibles de mediación, que bien valen para realizar esta delimitación. Sobre el tema, J. Sigüenza López, *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 178 a 186. Crítica con el sistema, y reflexionando sobre los costos y quién debe sufragarlos, V. López Yagües, «Mediación y otros MASC...», *loc. cit.*, pp. 143 ss.

[Ver Texto](#)

(33) Proyecto de Ley 121/000122, *BOCD*, Serie A, Nº 122—1, de 29 de abril de 2011.

[Ver Texto](#)

(34) Para la historia, bueno, la he leído de diferentes maneras. No obstante, J. Montero Aroca, «Las conciliaciones en el proceso laboral», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 333; también viene un buen resumen, en J. Montero Aroca, «Comentario al art. 68 », en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (junto con Iglesias Cabero, Marín Correa y Sampedro Corral), t. I, Cizur Menor, Civitas, 1993, pp. 452 a 458.

[Ver Texto](#)

(35) Se hace eco de las enormes críticas, Marcos Francisco, «Reflexiones en torno...», *loc. cit.*, p. 93, aunque también pone de manifiesto que el Consejo General de la Abogacía Española, estaba a favor. Desde luego, en los Informes que manejamos en el Ministerio, no había esas enormes críticas. También se hace eco de las críticas, Pérez Cebadera, «La ejecutoriedad del acuerdo de mediación», en *Revista de Jurisprudencia*, nº 2 (2013). Crítico, por lo que recoge N. Pérez, González—Cuéllar Serrano, en una conferencia sobre «La ejecución de título extrajudiciales» en la Academia Matritense del Notariado, en junio de 2011.

[Ver Texto](#)

TEXTOS Y MATERIALES RECIENTES

Consejo General del Poder Judicial: Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al Servicio Público de Justicia (22 julio 2021)



Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 22 de julio de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al Servicio Público de Justicia

[...]

6. El anteproyecto objeto de informe tiene por finalidad, según se indica en su Exposición de Motivos, establecer un conjunto de medidas que remedien las insuficiencias estructurales del sistema de Justicia y corrijan la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público. A tal efecto, modifica distintos aspectos de las leyes de procedimiento, al tiempo que instaura un sistema de solución adecuada de conflictos de carácter extrajudicial que opera como presupuesto de procedibilidad, e introduce reformas en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia para dar cabida a determinados aspectos de lo que denomina «transformación digital». Asimismo, modifica otros cuerpos normativos, particularmente la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita; la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

[...]

I. REGULACIÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN VÍA NO JURISDICCIONAL

A) Consideraciones generales sobre el modelo de obligatoriedad general de los medios adecuados de solución de controversias previos al proceso

28. El título I del Anteproyecto tiene por objeto la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación general de los denominados medios adecuados de solución de controversias (en adelante, MASC) con la que se pretende promover la vía consensual en la solución de las controversias con el fin de facilitar una (auto)tutela efectiva de los derechos, sin necesidad de acudir a la jurisdicción. En palabras de la Exposición de Motivos, «se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil». La idea de fondo que mueve al prelegislador la expresa el anteproyecto acudiendo a la máxima conforme a la cual «antes de entrar en el templo de la Justicia se ha de pasar por el templo de la concordia». Se citan de este modo las palabras del diputado de la Asamblea Constituyente, durante la Revolución Francesa, Louis-Pierre-Joseph Prugnon, que en la sesión de 7 de julio de 1790 declaró: *«Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties: Pour arriver au temple de la justice, passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez»*.

29. En la idea de promover la transacción y evitar el proceso, proclamada por Prugnon, subyace el planteamiento netamente liberal de alzaprimar la autonomía privada como vía de solución de los conflictos y situar la respuesta del Estado, a través del proceso judicial, como mecanismo subsidiario, que actúa en defecto de los logros alcanzados a través del ejercicio de la libertad de pactos. En esta línea, las legislaciones procesales decimonónicas configuraron la conciliación previa como requisito de acceso a la jurisdicción, requisito que fue eliminado, con carácter general, con posterioridad. Esta evolución histórica la expone sintéticamente la STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4, de la que fue ponente Vicente Gimeno Sendra:

«Como es sabido, el acto de conciliación constituye un método autocompositivo de solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, en el que las partes, a través de la intervención de un tercero, evitan el nacimiento o ponen fin a un litigio entre ellas surgido; de lo que se deduce que la conciliación puede configurarse como un requisito previo al proceso o sucederse una vez dicho proceso ha sido ya instaurado. La conciliación "pre-procesal" participa de las características del modelo de la justicia liberal y, de aquí, que fuera configurada como un auténtico presupuesto procesal de la demanda por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (antiguos arts. 460-480). Pero, debido a la circunstancia de que esta configuración de la conciliación como requisito previo de la demanda pronto se reveló como un trámite dilatorio e ineficaz en la práctica, a partir de la reforma a la Ordenanza civil austriaca, de 1 de enero de 1888 (que supuso la primera consagración del modelo de la justicia "civil social"), la práctica totalidad de los Códigos Procesales Civiles y Laborales europeos y, entre ellos, naturalmente los nuestros (a partir de la reforma parcial a la LEC de 1984 o de la nueva L.P.L. de 1990), decidieron derogar el carácter de presupuesto procesal del acto de conciliación y transformarlo en un acto "intraprocesal" en todos los procesos civiles y buena parte de los laborales, todo ello sin perjuicio de que las partes puedan instar, con carácter

potestativo, el acto de conciliación con anterioridad a la interposición de la demanda».

30. En una suerte de movimiento pendular, el prelegislador ha optado por establecer un listado abierto de MASC e imponer, en el orden jurisdiccional civil, la obligación de acudir a cualquiera de ellos previamente a la interposición de la demanda, configurando el intento de solución negociada como requisito de procedibilidad (art. 1, aps. 1 y 3 APL). Las premisas de este modelo no son, ciertamente, las mismas que las del modelo decimonónico de justicia liberal. Hoy se subraya que el servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer la vía más adecuada para gestionar su problema, que en unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. Se destaca, así, la necesidad de «recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales» y se reivindica un «sistema de justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil». El modelo, sin embargo, gravita sustancialmente en la configuración de un estadio obligatorio de negociación entre las partes previo al acceso a la jurisdicción.

31. Junto a la obligatoriedad de la vía consensual (al menos, de su intento), el prelegislador ha dispuesto un segundo incentivo de la actividad negociadora de las partes a través de las costas procesales. En la nueva redacción de los arts. 394 y 395 de la LEC se introduce modulaciones a las reglas generales de imposición de costas con la finalidad de incentivar los MASC. Así, en caso de vencimiento total, la parte ganadora no tendrá derecho a las costas si hubiera rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negociadora, mediación o cualquier otro MASC al que hubiera sido efectivamente convocada. En el supuesto de vencimiento parcial, se podrá condenar al pago de las costas a la parte que no haya acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro MASC.

32. Debe señalarse que la obligatoriedad de los MASC y el incentivo a través de la modulación del régimen general de costas son técnicas distintas cuyo uso cumulativo no resulta conceptualmente necesario. De hecho, el incentivo de las soluciones consensuadas a través del régimen de costas se ha configurado en el derecho comparado como *second best* frente a la improcedencia de imponer con carácter obligatorio acudir a medios de negociación previos.

33. Así, en el ámbito del derecho inglés, en el caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ. 576, de 11 de mayo de 2004, la Court of Appeal afirmó que sobre la cuestión de si el tribunal tiene poder para ordenar a las partes que sometan sus disputas a mediación en contra de su voluntad debe distinguirse entre «alentar a las partes a aceptar la mediación, incluso alentarlas en los términos más enérgicos» y «ordenarles que lo hagan. Nos parece que obligar a las partes verdaderamente renuentes a remitir sus disputas a la mediación sería imponer una obstrucción inaceptable a su derecho de acceso al tribunal». De acuerdo con el tribunal, «el sello distintivo de los procedimientos de MASC, y quizás la clave de su eficacia en casos individuales, es que se trata de procesos en los que las partes en disputa entran voluntariamente con resultados, si las partes así lo desean, que no son vinculantes. En consecuencia, el tribunal no puede ordenar que se utilicen tales

métodos, sino que simplemente puede alentar y promover». Un mecanismo para alentar el acuerdo, afirma el Tribunal, es tomar en cuenta la actitud de las partes en la actividad negociadora desarrollada previamente: en el caso de que una de las partes haya rechazado irrazonablemente un ADR puede determinar, valoradas las circunstancias del caso, la imposición a esta parte de las costas del proceso.

34. Recientemente, la Sentencia de la Sala Primera de 27 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:100) ha confirmado el criterio interpretativo para imponer las costas en los casos de cláusulas suelo conforme al cual «si el consumidor formulaba la reclamación a la entidad financiera para que dejara de aplicar la cláusula suelo y le devolviera lo cobrado en su aplicación, la entidad financiera la rechazaba, el consumidor interponía una demanda y la entidad financiera se allanaba, que es lo sucedido en este caso, había de entenderse que concurría mala fe en la demandada a efectos de su condena en costas». Y ello tanto en situaciones posteriores al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (que estableció un procedimiento de reclamación extrajudicial voluntario para el cliente y obligatorio para la entidad bancaria) como en situaciones anteriores al Decreto-ley.

35. La opción del anteproyecto por sumar a la obligatoriedad del intento de MASC la valoración de la conducta de las partes en el desarrollo del MASC a los efectos de la imposición de costas revela que el prelegislador valora que el empleo de una de las técnicas por separado y aisladamente puede no resultar suficiente para promover una cultura extendida de arreglo extrajudicial de las controversias. El riesgo, con todo, es que la regulación ofrezca resultados poco satisfactorios, como en su día tuvo la conciliación previa prevista en la LEC de 1881, y que el intento de MASC se convierta en un mero trámite burocrático o un formulismo que se absuelve con el único fin de dejar expedito el acceso a la jurisdicción.

36. El modelo obligatorio de intento de MASC para cualquier asunto civil o mercantil (salvo, los supuestos expresamente excepcionados en el art. 1.5 APL) por el que opta el prelegislador, en lugar del modelo de obligatoriedad mitigada que se contenía en el Anteproyecto de ley de impulso de la mediación, aprobado por el Consejo de Ministros del 14 de enero de 2019, y que fue objeto de informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de marzo de 2019, debe ser valorado desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho de acceso a la jurisdicción, que constituye la vertiente primaria y esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE).

37. El derecho a la tutela judicial es, ciertamente, un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, de modo que se trata de un derecho de configuración legal. Ahora bien, el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia reiterada ha establecido los límites que el derecho impone al legislador a la hora de configurar el acceso a la jurisdicción. Como recuerda la STC 140/2016, de 21 de julio, el derecho a la tutela judicial efectiva «puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de

la Constitución». Las condiciones y requisitos previos al acceso a la jurisdicción como límites del derecho a la tutela judicial efectiva se someten a un específico canon de proporcionalidad en cuya aplicación debe verificarse si la medida restrictiva persigue un fin legítimo y resulta idónea, necesaria y proporcionada.

38. En el ámbito de la jurisdicción social se ha exigido tradicionalmente como requisito previo para el proceso el intento de conciliación o, en su caso, mediación ante el servicio administrativo correspondiente (art. 63 LJS). Sobre este requisito de acceso ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, sosteniendo, con carácter general, su compatibilidad con el art. 24 CE, al considerar que se configura como un requisito proporcionado y justificado en la finalidad de resolver de forma más rápida y acomodada a los intereses de las partes la controversia, evitando la sobrecarga de trabajo del sistema judicial, sin excluir el conocimiento judicial de la cuestión litigiosa. Así, la STC 75/2001, de 25 de marzo, ha afirmado: «El trámite preprocesal de intento de conciliación previa en el procedimiento laboral (art. 63 LPL) tiene por finalidad posibilitar, antes de iniciarse el proceso, un acuerdo que lo evite, con las naturales consecuencias de celeridad y de ahorro de energía procesal (por todas, STC 354/1993, de 29 de noviembre, FJ 4), y que, según ha manifestado reiteradamente este Tribunal, resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) porque, ni excluye el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, al suponer simplemente un aplazamiento de la intervención judicial, ni se trata de un trámite desproporcionado o injustificado, al procurar una solución extraprocésal de la controversia que beneficia tanto a las partes como al sistema judicial (por todas, STC 217/1991, de 4 de noviembre, FJ 5).»

39. La proyección de la anterior doctrina jurisprudencial a la configuración del intento de MASC como requisito general de procedibilidad en el ámbito de la jurisdicción civil exige determinar el carácter proporcionado de esta condición de acceso a la jurisdicción. En ese análisis, resulta de especial significación la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la obligatoriedad de la mediación previa a la interposición de la demanda establecida en la legislación italiana para determinada clase de materias (SSTJUE de 19 de marzo, C-317/08, 318/08 y 320/08, asunto *Alassini*, y de 14 de junio de 2017, C-75/16, asunto *Menini*). Estos pronunciamientos tienen trascendencia como criterio hermenéutico para determinar el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, pues, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, aunque el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido valor interpretativo, conforme al art. 10.2 CE, no sólo a los tratados constitutivos, sino también al Derecho derivado y a la interpretación que de tales normas realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 6, y 147/2020, de 19 de octubre, FJ 8).

40. En los asuntos *Alassini* y *Menini*, el TJUE ha sostenido que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados. En particular, una resolución más rápida

y menos costosa de los litigios y una disminución de la carga de trabajo de los tribunales deben considerarse como objetivos legítimos; y la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial no resulta desproporcionada con respecto de los objetivos perseguidos cuando se cumplen una serie de condiciones: a) el resultado de dicho procedimiento extrajudicial no sea vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecte a su derecho a un recurso judicial; b) el procedimiento extrajudicial no implique, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; c) la prescripción de derechos se interrumpa durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial; d) el procedimiento extrajudicial no ocasione gastos significativos; e) la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales (sentencia de 18 de marzo de 2010, *Alassini*, par. 62, y sentencia de 14 de junio de 2017, *Menini*, par. 61).

41. El *test* formulado por el TJUE permite aquilatar si la regulación proyectada de los MASC como requisito de procedibilidad impone un límite al derecho de acceso a la jurisdicción respetuoso con el principio de proporcionalidad:

a) El resultado del MASC es vinculante para las partes, como cualquier contrato, pero no impide el acceso a la jurisdicción. El acuerdo alcanzado en el seno de un MASC no tiene el valor de un laudo arbitral y el control judicial al que puede estar sujeto no tiene el alcance limitado propio del control jurisdiccional del laudo (SSTC 1/2018, de 11 de enero; 17/2021, de 15 de febrero; 46/2020, de 15 de junio; 65/2021, de 15 de marzo). Por eso, la jurisprudencia constitucional ha negado la constitucionalidad de las normas que imponen como obligatorio el arbitraje en determinadas materias, no tanto por el hecho de establecer un requisito previo al proceso, «sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 ss de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo» (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 4).

El art. 10.1º APL dispone que el acuerdo alcanzado a través del MASC «tendrá valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto» y el art. 10.2 APL prevé que «contra lo convenido en el acuerdo sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos». El prelegislador incorpora en la regulación de los MASC la regla del art. 1816 Cc sobre el contrato de transacción conforme a la cual «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada». El uso en este precepto legal del concepto de cosa juzgada ha sido matizado por nuestra jurisprudencia a partir de la fundamental distinción entre contrato y sentencia: lo acordado entre las partes tiene la fuerza vinculante derivada del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc), pero no puede ser acreedor del específico valor del pronunciamiento jurisdiccional que determina la declaración irrevocable del Derecho en el caso. La STS 1148/2019 (ECLI:ES:TS:2019:1148) recoge esta doctrina en los siguientes términos:

«Esta sala ha reiterado que la referencia contenida en el art. 1816 Cc al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas, pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no

puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la eficacia del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos (sentencia 205/2018, de 11 de abril). Como dijo, entre otras, en la sentencia 41/1999, de 30 de enero: "En relación con la eficacia de cosa juzgada que el art. 1816 Cc atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que 'ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y solo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos', doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993".

Teniendo en cuenta esta interpretación del art. 1816 Cc, la atribución al acuerdo alcanzado a través del MASC del valor de cosa juzgada con el específico efecto impeditivo de la demanda con igual objeto no resulta afortunada en la medida en que mantiene un uso del concepto de cosa juzgada vinculado a un contrato que ha sido matizado, correctoramente, por la jurisprudencia. Frente al intento de replantear en sede judicial los términos de la controversia que ha sido objeto del acuerdo no puede articularse, propiamente, la *exceptio rei judicatae*, que es una excepción procesal, sino la *exceptio litis per transactionem finitae*, que es una excepción material cuya prosperabilidad se condiciona a que no haya lugar a la resolución de la transacción, planteada de contrario en el mismo procedimiento. En efecto, el acuerdo, dado su valor netamente contractual, podrá ser objeto de las acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión correspondientes y, por tanto, las partes podrán tener acceso al control jurisdiccional de fondo de la relación jurídica configurada en el acuerdo alcanzado a través del MASC.

El TJUE recuerda en el asunto *Menini* que "lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial" (par. 51). En este sentido, el anteproyecto debe dejar claro que las partes tienen derecho al control jurisdiccional de fondo sobre los términos del acuerdo que hayan alcanzado si incurre en vicios de invalidez o ineficacia, por lo que resulta más adecuado prescindir del inciso "el acuerdo alcanzado tendrá valor de cosa juzgada para la partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto" en el art. 10.1º APL, sustituyéndolo por una mención al carácter vinculante del acuerdo para las partes, como se hace en el art. 23.3º de la Ley 5/2012 respecto de la mediación.

b) El intento de MASC no supone, en condiciones normales, un significativo retraso a efectos del ejercicio de la acción judicial. El intento de MASC se entiende concluido (art. 7.4 APL), en primer lugar, si en el plazo de treinta días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte

requerida no se celebra una primera reunión o no hay respuesta, y, en segundo lugar, si transcurren tres meses desde la primera reunión sin alcanzar un acuerdo. En todo caso, cualquiera de las partes puede dar por terminadas las negociaciones. Nos encontramos, por tanto, ante un aplazamiento de la intervención judicial por un tiempo máximo de tres meses, período temporal que no puede calificarse, en principio, de excesivo.

c) El intento de MASC tiene por efecto interrumpir la prescripción o suspender la caducidad de las acciones desde la fecha en que conste el intento de comunicación de la solicitud de inicio de un procedimiento negociador (art. 4.1º APL). El cómputo de los plazos se reanuda, transcurridos treinta días naturales desde la recepción del intento de negociación sin que haya habido respuesta (art. 4.2º APL).

d) El intento de MASC determinará, generalmente, gastos para las partes. Ello será así, indefectiblemente, cuando intervenga un tercero neutral en el procedimiento negociador (mediación, conciliación privada o ante Notario o ante Registrador, intervención de experto independiente). La disposición adicional primera, intitulada "Coste de la intervención del tercero neutral" prevé que las administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia podrán establecer cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención del tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos. Se trata, sin embargo, de una norma meramente habilitadora que no condiciona la libre configuración de la política presupuestaria de las administraciones competentes.

El anteproyecto prevé, por otro lado, en el art. 2 APL, que la asistencia de abogado en el intento de MASC no sea obligatoria, salvo en los supuestos de formulación de una oferta vinculante (con la excepción de que el asunto controvertido no supere los 2.000 euros o una ley sectorial dispense la obligatoriedad de la intervención de abogado en la realización o aceptación de la oferta).

Adicionalmente, la disposición final primera introduce una modificación en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, mediante la que se añade un nuevo apartado 11 en el art. 6 conforme al cual el derecho a la justicia gratuita comprende los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los MASC sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o sea consecuencia de la derivación judicial, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o, no siéndolo, resulte necesaria para garantizar la igualdad de las partes.

El anteproyecto contempla, de este modo, distintas medidas con el fin de evitar que los costes derivados del intento de MASC sean significativos o que su importe pueda suponer un obstáculo para el acceso a la jurisdicción para las partes.

e) El anteproyecto establece un listado abierto de MASC y contempla que las partes puedan acudir a cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada o no. Esta libertad en la elección del instrumento negociador se proyecta sobre el uso de medios telemáticos, que constituye una posibilidad para las partes, sin que el anteproyecto lo imponga (art. 5 APL).

f) El anteproyecto da nueva redacción al art. 722 LEC que contempla la legitimación para solicitar medidas cautelares de la parte que haya iniciado un intento de MASC y el art. 724 LEC determina el tribunal competente para acordar las medidas cautelares en los supuestos en que se soliciten estando pendiente un MASC. El prelegislador satisface así las exigencias de tutela cautelar derivadas del art. 24 CE pues "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso" (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7).

42. A partir de las consideraciones precedentes, cabe concluir que la regulación proyectada se configura de tal modo que supera el *test* de proporcionalidad establecido por el TJUE y que puede ser empleado como criterio hermenéutico del alcance del art. 24 CE en relación con la obligatoriedad del intento de MASC con carácter previo al acceso a la jurisdicción.

43. Con todo, el modelo obligatorio de MASC por el que opta el prelegislador merece una reflexión desde el punto de vista de su idoneidad para alcanzar el fin propuesto de "potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuado para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil".

44. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la opción del prelegislador de establecer el carácter obligatorio del intento de MASC para todo asunto civil y mercantil (con la excepción de determinadas categorías de supuestos caracterizados, sustancialmente, por el carácter sumario o urgente de la tutela) carece de antecedentes en el ámbito de la Unión Europea. En los distintos países en los que se ha establecido la obligación de intento de MASC se ha optado por un modelo de obligatoriedad mitigada, esto es, la obligatoriedad se ha circunscrito a un conjunto delimitado de materias respecto de las que el legislador ha estimado que por su naturaleza son más idóneas para la conciliación o negociación evitadora del proceso. En el estudio del Parlamento Europeo de 2014 "*Rebooting the mediation directive*" sobre el estado de transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se afirmaba que «la sugerencia general que surge del estudio, para incrementar significativamente el uso de la mediación en la UE, parece relativamente sencilla: una regulación que introduzca, y no simplemente permita, un modelo mitigado de mediación obligatoria, al menos en ciertas categorías de casos» (p. 9). Asimismo, en el *European Handbook for Mediation Lawmaking* aprobado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), en su sesión plenaria de 14 de junio de 2019 (CEPEJ(2019)9) se propone una obligatoriedad mitigada para la mediación, considerando su exigencia como requisito procesal previo en ciertos tipos de controversias en materia de derecho de familia, relaciones de vecindad o cuestiones laborales (p. 20).

45. El modelo de obligación mitigada de intento de MASC, referido a la mediación, es el adoptado por el legislador italiano en el Decreto Legislativo 28/2010 en el que, de acuerdo con su art. 5, se establece la obligación de intentar la mediación antes de iniciar un proceso judicial cuando la controversia verse sobre el régimen de copropiedad, derechos reales, la división de la cosa común,

sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, administración de bienes, daños derivados de responsabilidad médica o seguros, la difamación a través de medio de comulación social, o los contratos de seguros, bancarios y financieros. Tras declarar la *Corte costituzionale* la inconstitucionalidad de este artículo por motivos formales, al considerar que carecía de cobertura suficiente en la ley de delegación, la Ley 98/2013 reintrodujo el referido precepto, manteniendo el mismo tenor.

46. El anteproyecto de ley de impulso de la mediación de 2019 optó, también, por un modelo de obligatoriedad mitigada del intento de mediación como requisito previo al inicio de un proceso declarativo en un conjunto de casos (asuntos de familia, sucesiones, responsabilidad por negligencia profesional, división judicial de patrimonios, alimentos entre parientes, derechos reales sobre cosa ajena, protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, etc.). Esta opción del prelegislador mereció un juicio globalmente positivo en el informe de este órgano constitucional.

47. El juicio de idoneidad de la obligatoriedad general del intento de MASC para lograr los fines propuestos por el prelegislador implica un pronóstico de aptitud de la medida para el que, ciertamente, el Gobierno cuenta con un amplio margen de valoración. Sin embargo, en el presente caso, este juicio de oportunidad no cuenta con una base suficiente de experiencia en el que sustentarse. En el ámbito del proceso civil, la naturaleza de los conflictos es de muy diversa calidad y todos no son igualmente susceptibles de resolverse mediante la negociación. En esta materia, la prudencia favorece cierto gradualismo en el diseño del alcance de la obligatoriedad del intento de MASC, tal y como preconiza el modelo de la obligatoriedad mitigada.

48. Por otro lado, parece que el prelegislador ha procurado compensar la extensión de la obligatoriedad del intento de MASC (todo asunto civil y mercantil, salvo ciertos supuestos) con una amplia libertad de elección del medio o instrumento de negociación, abarcando incluso la negociación directa entre las partes. Se trataría de una obligación de amplio radio y baja densidad, en la medida en que no se imponen aquellos MASC más proclives a generar resultados gracias a la intervención de un tercero neutral como la mediación o la conciliación. También en este punto la idoneidad de la medida para alcanzar las finalidades propuestas puede resultar frustrada por la puesta en marcha del modelo: no tienen la misma capacidad de pacificación de los conflictos aquellos medios que cuentan con una amplia experiencia y progresiva institucionalización como la mediación o la conciliación, que aquellos otros menos formalizados o que dependen de la mera buena voluntad de las partes.

49. Por todo ello, sería aconsejable una aproximación gradualista en la configuración de los MASC como requisito de procedibilidad y haber optado por un modelo de obligatoriedad mitigada en relación con aquellas materias que por su naturaleza pueden ser más susceptibles de transacción o acuerdo a través de aquellos medios adecuados de solución de controversias más idóneos, por su desarrollo e institucionalización, para lograr resultados.

[...]

CRÓNICAS



De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro

The relevance of properly challenge arbitrator

Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 y 20 de julio de 2021 no aplican una interpretación extensiva del concepto de orden público, sino que adaptan sus resoluciones a lo delimitando en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 respecto el concepto de orden público y de la distinción del deber de motivación de los laudos arbitrales con respecto a las sentencias judiciales. Sin embargo, estas sentencias realzan la importancia de actuar con la diligencia debida en el curso del procedimiento arbitral y de la necesidad de hacer uso del instrumento de la revocación de los árbitros en caso de que no cumplan con el deber de revelación o se pudiera advertir en ellos un riesgo de quiebra de las obligaciones de su neutralidad. De lo contrario, no se podrá invocar en una posterior acción de anulación del laudo su nulidad por falta de imparcialidad e independencia.

Arbitraje, acción de anulación, orden público, falta de motivación, recusación, independencia, imparcialidad.

The sentences of the High Court of Justice of Madrid of July 6th and 20th, 2021, do not apply an extensive interpretation of the concept public order but adapt their resolutions to what is delimited in the recent Constitutional Court Sentence of February 15th, 2021, regarding the concept public order and the distinction of the duty to state reasons for arbitral awards with respect to judicial sentences.

However, these sentences highlight the importance of acting with due diligence in the course of the arbitration proceedings and the need to make use of the instrument of the revocation of arbitrators in case of non-compliance with the duty of disclosure or the risk of a bankruptcy of the obligations of their neutrality. Otherwise, the nullity of the award on grounds of lack of impartiality and independence cannot be invoked in a subsequent action for the award's annulment.

Arbitration, annulment, action, public policy, lack of motivation, challenge, independence, impartiality.



Laura Álvarez Mera

Abogada (BM&A), especialista en arbitraje

I. CUATRO SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, RELATIVAS A CUATRO LAUDOS RELACIONADOS

La Sección Primera de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado cuatro sentencias relacionadas que resuelven sobre otras tantas demandas de nulidad interpuestas por una empresa de gran consumo frente a cuatro laudos arbitrales, firmados por una misma árbitra y en los que se resolvía sobre una misma controversia, si bien con distintos consumidores (1). Dicha empresa, dedicada a la venta —entre otros— de productos tecnológicos, puso a la venta en su página web durante un breve período de tiempo un teléfono móvil por un importe muy inferior al de mercado. Más de 10.000 compradores formularon sus pedidos para adquirir el teléfono al precio ofertado. Sin embargo, la empresa vendedora denegó sus solicitudes de compra y anuló los pedidos, alegando que el precio aparecido en la web era un error de indexación y que los consumidores fueron informados por escrito de esta circunstancia. Algunos de estos consumidores reclamaron ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo (en adelante «JANC») la cuál designó a una misma árbitra para resolver las cuatro distintas controversias sobre este asunto. Esta dictó, en lo que ahora interesa, cuatro laudos a favor de los consumidores, condenando a la empresa a entregar a estos los teléfonos móviles al precio ofertado en la web.

Frente a los cuatro laudos estimatorios de las pretensiones de los consumidores, la empresa formuló cuatro demandas de nulidad que se basaron en los siguientes tres idénticos motivos de nulidad: (i) Vulneración del orden público por la pretendida infracción de principios nucleares del ordenamiento jurídico como la buena fe contractual, por favorecer el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho (art. 41.1º.f LA). (ii) Imposibilidad de que la empresa vendedora pudiera hacer valer sus derechos, por entender que el laudo no motiva el rechazo a la valoración de la prueba sin un análisis de la misma (art. 41.1º.d LA). (iii) Falta de imparcialidad e independencia de la árbitra, fundamentada en dos circunstancias: (a) el incumplimiento del supuesto 3.1.5 de las Reglas de la IBA (lista naranja) en relación con las situaciones que pueden dar lugar a crear dudas de la imparcialidad o independencia del árbitro, en concreto, por no haber revelado la árbitra su participación en numerosos arbitrajes idénticos con la misma parte demandada. Y (b) la infracción del art. 21.2º del Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo en relación con el turno de designación de los árbitros (2).

A continuación, analizaremos detalladamente estos tres motivos de anulación que han sido desestimados por la Sala en las cuatro sentencias comentadas:

II. PRIMERO DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN INVOCADOS FRENTE AL LAUDO. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO POR SER CONTRARIO A LA BUENA FE CONTRACTUAL Y POR FAVORECER EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y EL ABUSO DE DERECHO (ART. 41.1º.F LA).

Este motivo de nulidad se circunscribe al ámbito económico del orden público, al entender la empresa demandante que el derecho debe estar al servicio del que obra con buena fe y que los consumidores actuaron de mala fe, pues fueron advertidos del error en la página web respecto al precio del producto adquirido. Dicha empresa argumenta que los consumidores pretendieron obtener una ventaja aprovechándose de un error en el precio —manifiesto, fácil de apreciar y reconocible a juicio de la demandante— con una clara intención de lucro mediante la posterior reventa.

En primer lugar y antes de entrar a analizar este primer motivo de nulidad, es importante recordar cuál es la naturaleza de la acción de anulación del laudo. En este sentido, el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 4 de julio de 2017, 13 de diciembre de 2018 y 16 de enero de 2019 ha recalado la idea de que la acción de anulación no es una segunda instancia indicando 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». En este sentido, es clara la exposición de motivos de la propia 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».

En esta misma línea, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha venido expresando desde hace años, por ejemplo, en sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación n.º 70/2013, de 6 de noviembre de 2013, recurso n.º 5/2013 de 13 de febrero de 2013): 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 por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico».

En estas sentencias se concluye que no concurre nulidad por vulneración del orden público económico, insistiendo la Sala en que no tiene competencia para revisar el laudo en cuanto al fondo de lo resuelto, como si de una segunda instancia se tratara

A esta línea jurisprudencial se le han sumado las recientes sentencias del Tribunal Constitucional entre las que ahora interesa destacar la de 15 de febrero de 2021, en la que dicho tribunal ha incidido con especial rigor en la delimitación de este motivo de nulidad, dictaminando que: «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 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».

En los casos que nos ocupan, la Sala desestima este motivo de nulidad por entender que de la sola lectura de los laudos se obtiene una comprensión de las razones por las que la árbitra resuelve la controversia con argumentos fundados en derecho y contiene una suficiente lógica y motivación. La árbitra practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias. En concreto, La STJSM de 20 de julio de 2021 resolución 53/2021 desestima ese motivo manifestando que: «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. Examina la teoría del error invalidante del contrato (...), se ampara en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) descarta también el abuso de derecho. 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.»

Sobre esta base, en estas sentencias se concluye que no concurre nulidad por vulneración del orden público económico, insistiendo la Sala en que no tiene competencia para revisar el laudo en cuanto al fondo de lo resuelto, como si de una segunda instancia se tratara.

III. SEGUNDO DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN INVOCADOS FRENTE AL LAUDO. IMPOSIBILIDAD DE HACER VALER UNA DE LAS PARTES SUS DERECHOS EN EL ARBITRAJE (ART. 41.1º.D LA)

La demandante afirma que los cuatro laudos adolecen de falta de exhaustividad y de una valoración no razonable ni razonada de la prueba y afirma que la árbitra inadmitió inmotivadamente determinada prueba. La Sala desestima este motivo porque —como hemos mencionado en el punto anterior— entiende que no se puede equiparar la acción de nulidad con una segunda instancia, el tribunal no puede volver a valorar la prueba, porque dicha valoración le corresponde al árbitro. Las sentencias comentadas invocan en apoyo de su decisión la previa STSJ Madrid 27 de abril de 2021 según la cual: «La acción de anulación sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidas 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 valoración del árbitro debe reunir unos requisitos para que no pueda considerarse que infringe el orden público, requisitos que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en esta misma sentencia de 27 de abril de 2021 se ha encargado de indicar: «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».

La reciente STC 15 de enero de 2021, diferenciando la motivación de las sentencias (que está sujeta a lo dispuesto en el art. 24 CE) de la de los laudos, concluye que la motivación es exclusivamente de configuración legal, en los siguientes términos: «El art. 37.4º únicamente dispone que "el laudo será siempre motivado" pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Respecto la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una motivación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios».

IV. TERCERO DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN INVOCADOS FRENTE AL LAUDO. FALTA DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LA ÁRBITRA, AL NO HABER REVELADO SU PARTICIPACIÓN EN ARBITRAJES IDÉNTICOS Y VULNERACIÓN DEL TURNO DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO

En el tercer motivo de nulidad se cuestiona la imparcialidad de la árbitra sobre la base de que (i) arbitró cuatro asuntos idénticos (ii) no reveló a las partes su condición de árbitra en asuntos de idéntico objeto y (iii) se habría infringido el turno de designación de árbitros.

i) En apoyo del primero de estos argumentos, la empresa demandante invoca las Directrices de la *International Bar Association* («IBA») sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (3), puesto que el apartado 3.1.5 de la Lista Naranja de dichas Directrices establece como supuesto problemático para la parcialidad del árbitro el de que: «Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o filial».

Como es sabido, estas Directrices son una serie de recomendaciones elaboradas por el Comité de Arbitraje y ADR de la *International Bar Association* (IBA), el cual constituyó un Grupo de Trabajo compuesto por 19 especialistas de 14 países, expertos en arbitraje internacional para que analizaran el derecho nacional, la jurisprudencia y los reglamentos de arbitraje, así como los aspectos prácticos de la independencia e imparcialidad. Tras dicho trabajo de análisis, este grupo emitió un trabajo (en inglés el original) en el que se contienen, primero unas denominadas «Normas Generales» y después las mencionadas «Directrices», que se presentan agrupadas en cuatro listados.

Pues bien, en los casos analizados, la Sala desestima esta primera alegación sobre la base de que las Directrices tienen un carácter meramente orientativo y no son vinculantes (*soft law*). Siendo esto cierto, no podemos desconocer que —aun cuando existe jurisprudencia contradictoria— dichas

Directrices vienen siendo empleadas en ocasiones por nuestra jurisprudencia a la hora de valorar las recusaciones y el cumplimiento por los árbitros de su deber de revelación.

Así, vemos algunas sentencias que excluyen expresamente de su fundamentación jurídica la aplicación de dichas directrices, incluso con carácter orientativo. *Vid.* por ejemplo la SAP Madrid (Sección 12ª) n.º 506/2011 de 30 junio (JUR\2011\347818) en que se lee: «Con respecto a las directrices de la IBA, a las que aluden ambas partes, y que, tal y como se desprende de su introducción (documento 72, documento 1), básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los árbitros han de poner de manifiesto a las partes, entiende esta Sala que no procede su aplicación, ya que no se trata de normas de derecho positivo, y al catalogar, con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para resolver cuestiones de rango constitucional, a normas emitidas por una Asociación, y que por otro lado despliega su cometido en arbitrajes internacionales, de tal manera que podría ser visto que la cuestión ha quedado resuelta sobre la base de normas que no integran nuestro Ordenamiento Jurídico, máxime cuando existe doctrina del Tribunal Constitucional, aparte obviamente de la normativa de la Ley de Arbitraje y del Reglamento de la Corte, que permiten solucionar adecuadamente la recusación planteada.»

En cambio, en otras ocasiones se aboga desde la jurisprudencia por la «ponderación en cada caso» de estas Directrices, como ocurre en la STSJ Madrid de 28 de enero de 2015 según la cual: «Dada la cláusula abierta del art. 17.3º LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004, por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso.»

Otras sentencias —desde una posición intermedia y algo contradictoria— las califican de «referencia», como es el caso de la STSJ de Madrid, 2 septiembre de 2015 en que se lee: «En relación con estas Directrices y el tratamiento que hacen del incumplimiento del deber de revelar *vid.* la STSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) n.º 61/2015 de 2 septiembre en que se lee: "Para dilucidar cuales son las circunstancias de las que puede deducirse una falta de imparcialidad o independencia del árbitro, a falta de una previsión legal específica (...) pueden servir de referencia las Directrices de *la International Bar Association* (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004, aunque carezcan de valor normativo y no puedan prevalecer sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido, ni ser exhaustivas, como se cuidan de precisar los apartados 6 y 7 de su introducción.

Pero, además, añade la Sala que no le parece desacertado la designación de un mismo árbitro para conocer de asuntos semejantes, al objeto de evitar resoluciones discrepantes (4). Esta argumentación es congruente con la práctica de especializar juzgados por materias, e incluso por

asuntos concretos (cláusulas suelo, productos bancarios, etc.) pero —desde nuestra perspectiva— se aparta conceptualmente del referido criterio de la IBA.

ii) La demandante alega que la árbitra no puso de manifiesto a las partes que había sido nombrada con anterioridad en otros procedimientos arbitrales con la misma empresa vendedora y sobre la misma controversia con otros consumidores.

Por lo que resulta de las sentencias, la árbitra no puso de manifiesto a las partes su intervención en otros procedimientos anteriores (es decir, no cumplió formalmente con su deber de revelación previsto en el art. 17.2º LA), pero —como indica la Sala— la demandante no podría desconocer esta circunstancia y, a pesar de eso, no hizo uso en su momento de la posibilidad de recusarle *ex art.* 17.3º LA, posibilidad que debió ejercitar en el plazo acordado o en su defecto en el de quince días, desde que conoció la identidad de árbitra, porque así se lo impone el art. 18.2º LA.

Buena prueba de ello es que —como indican las sentencias comentadas— el antecedente de hecho segundo del laudo arbitral ya dejaba constancia de que la empresa era conocedora de la identidad de la árbitra, en los siguientes términos: 'De conformidad con el art. 40 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (...) 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'.

Si la demandante hubiera hecho uso de su facultad de recusar a la árbitra (con base en su coincidencia en los arbitrajes o por vulneración de su deber de revelación) podría después haber reproducido la cuestión en sede de nulidad, *ex art.* 18.3º LA. El hecho de no haber recusado a la árbitra en el momento oportuno supuso la tácita aceptación de sus circunstancias para dirimir el arbitraje.

iii) Como hemos avanzado, la tercera circunstancia alegada por la demandante es la pretendida infracción del art. 21.2º del Real Decreto 231/2008, por entender aquella que se vulneró el turno de designación de árbitros establecido en dicho precepto, que dispone: "La designación de árbitros se realizará por turno, entre los que figuren en la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral de Consumo, general o de árbitros especializados, en aquéllos supuestos en que, conforme a los criterios del consejo general del Sistema Arbitral de Consumo, deban conocer los asuntos órganos arbitrales especializados."

La Sala desestima este motivo de nulidad con base en que la demandante no ha acreditado que la Junta no observara los turnos a los que se refiere dicho precepto del RD 231/2008. A juicio de la Sala, el argumento de la demandante parte de que todos los procedimientos han sido turnados a la misma árbitra o vulnerando el sistema de turnos, pero no lo habría acreditado.

V. CONCLUSIONES

Del análisis de las cuatro sentencias comentadas podemos destacar las siguientes conclusiones:

i) La Sala 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid insiste en que —como declaró el Tribunal

Constitucional a principios del pasado año— la acción de anulación por vulneración del orden público (art. 41.1º.f LA) es un remedio extremo para situaciones de indefensión real y vulneración de derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. No es un mecanismo de revisión del fondo del laudo como si de una segunda instancia se tratase.

- ii) La acción de anulación por motivo de no haber podido una parte hacer valer sus derechos (art. 41.1º.b LA) por incorrecta valoración de la prueba o falta de motivación solo puede prosperar en los supuestos de que esa valoración sea arbitraria, voluntarista, irracional o incluso equivalga a una total ausencia de valoración. De lo contrario, el motivo de anulación no pasa de una mera discrepancia con la valoración realizada contenida en el laudo. En sede judicial no se puede volver a analizar la prueba practicada en el arbitraje, debiendo limitarse la actuación judicial al control de aspectos formales, es decir, analizar posibles errores procesales para el cumplimiento de garantías fundamentales.
- iii) El no hacer uso durante el curso del procedimiento arbitral del instrumento de la recusación (ex art. 17.3º LA) ha conllevado que la eventual falta de imparcialidad e independencia de la árbitra sea desestimada.

Barcelona, a 20 de febrero de 2022.

.....

- (1) STSJ Cataluña CP 1ª n.º 50/2021 (Roj: STJSJ M 7839/2021), 51/2021 (Roj: STSJ M 7799/2021), 53/2021 (Roj: STSJ M 8855/2021), 54/2021 (Roj: STSJ M 9022/2021).
Ver Texto
- (2) Las sentencias no indican en qué motivo de nulidad del art. 41 LA 2003 incardinó el demandante esta causa de nulidad.
Ver Texto
- (3) "*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*" (aprobadas el 22 de mayo de 2004 y revisadas el 23 de octubre de 2014).
Ver Texto
- (4) En concreto, para la Sala no puede 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".
Ver Texto

SENTENCIAS SELECCIONADAS



¿Es procedente que las partes en un arbitraje comercial internacional acuerden la procedencia de recursos adicionales a la nulidad para impugnar el laudo arbitral?

Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 14 de septiembre 2020

Is it appropriate for the parties to an international commercial arbitration to agree on additional remedies in addition to nullity in order to challenge the arbitral award? (Judgment of the Supreme Court of Chile of 14 September 2020)

El 14 de septiembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia de Chile, conociendo de un recurso de queja, resolvió acerca de la procedencia de que las partes en un arbitraje comercial internacional acuerden la procedencia de recursos adicionales a la nulidad para impugnar el laudo arbitral. El autor no comparte el criterio del máximo tribunal chileno y para ello analiza los hechos del caso y los argumentos expuestos en la sentencia.

Arbitraje, clausula arbitral, cláusula de arbitraje, inclusión de la posibilidad de recursos adicionales a la nulidad.

On 14 September 2020, the Supreme Court of Justice of Chile, hearing a complaint appeal, ruled on whether the parties to an international commercial arbitration may agree on additional remedies to nullity in order to challenge the arbitral award. The author does not share the criterion of the highest Chilean court and analyses the facts of the case and the arguments set out in the judgement.

Arbitration, Arbitration clause, pathological clause, Inclusion of the possibility of additional remedies to nullity.



Eduardo Picand Albónico

Socio de Picand y Ríos Abogados

Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Correo electrónico: epicand@picandyrios.cl

I. HECHOS

En septiembre de 2015 se celebró un contrato de compraventa de acciones de varias empresas, las cuales en conjunto son conocidas como Socofar, más comúnmente reconocidas como Cruz Verde, negocio del rubro farmacéutico.

La parte vendedora estaba constituida por varias sociedades chilenas (Farmacéutica Inversiones SpA y otras), todas bajo el control de un empresario chileno; la parte compradora, constituida por dos sociedades chilenas filiales del grupo Fomento Económico Mexicano S.A.B. de C.V. («FEMSA»), a saber: Sudamérica SpA y CCF Sudamérica SpA.

Si bien las sociedades compradoras estaban constituidas en Chile y con domicilio en nuestro país, la compradora declaró al momento de suscribir el contrato que tenía su domicilio en México.

La Cláusula Décimotercera del Contrato, denominada Misceláneos, contiene en su numeral 12 la cláusula compromisoria (en adelante, la «Cláusula Arbitral»), redactada en los siguientes términos:

«Todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el Presente Contrato o la ejecución de los actos aquí pactados o respecto de cualquier motivo relacionado con el presente Contrato, se resolverán mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de su inicio.»
«(...) el tribunal será de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en el procedimiento.» «La sede del arbitraje será Santiago, Chile, y el idioma del arbitraje será el español».

Ante la existencia de controversias entre las partes, la compradora presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, constituyéndose un tribunal colegiado de 3 árbitros.

El 17 de noviembre de 2017, la audiencia de bases de procedimiento, instancia en cual las partes acordaron en el numeral 3 de esas Bases que:

«El arbitraje se regirá por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, en adelante el Reglamento, y los Estatutos del CAM en actual vigencia, con las modificaciones que constan en la presente acta. En lo no previsto se estará a la voluntad de las partes, en su defecto a la del Tribunal Arbitral. Supletoriamente se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales.»

En el numeral 17 de esas Bases, en cuanto a los recursos, se fijó que: «Respecto a la sentencia definitiva se estará a lo establecido en la cláusula arbitral, esto es serán procedentes los recursos de

apelación y casación en la forma».

El laudo arbitral fue dictado el 2 de agosto de 2019 rechazando por mayoría la demanda de reembolso o indemnizatoria presentada por la demandante.

La demandante interpuso recurso de apelación en contra del laudo arbitral, siendo declarado admisible por el tribunal arbitral, disponiendo que se elevara la causa para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que, sin embargo, resolvió declararlo inadmisibile de conformidad a lo dispuesto en los arts. 5, 19 y 34 de la Ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional («LACI»). La Corte entendió que estábamos en presencia de un arbitraje «internacional» pues las compradoras habían fijado su domicilio en México (art. 1 N°3 (i) LACI), lo que implica que el laudo arbitral sólo podía impugnarse a través de la petición de nulidad. La resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, señala:

«1. Que según el art. 19 de la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pero aquella autonomía se ejercerá con sujeción a las disposiciones de esta misma ley. 2. Que según el art. 34 de la Ley en comento, contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, siendo este el único medio de impugnación que esta ley dispone. 3. Que sin perjuicio de lo acordado por las partes en el numeral 17 de las bases del arbitraje, que versa sobre los recursos, el que señala que contra la sentencia definitiva serán procedentes los recursos de apelación y casación en la forma, por encontrarse esta disposición en expresa contravención a lo establecido en la Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional, el arbitrio que se eleva no puede ser admitido a tramitación».

La demandante presenta recurso de reposición en contra de esa resolución y la Corte de Apelaciones de Santiago lo rechaza el 12 de febrero de 2020.

La demandante, disconforme con esa última decisión, comparece ante la Corte Suprema a través de un recurso de queja (1), acusando falta grave o abuso de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, al declarar inadmisibile el recurso de apelación que expresamente habían acordado las partes en las Bases de Procedimiento.

La Corte Suprema rechaza el recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 19.568), pero actuando de oficio, invalidó lo resuelto por el tribunal de alzada, declarando admisible el recurso de apelación interpuesto en contra del laudo arbitral.

La decisión adoptada por la Corte Suprema (14 de septiembre de 2020) descansa en los siguientes argumentos:

«5°.- Que, siendo la cláusula compromisoria, independientemente de su naturaleza institucional, doméstica o internacional, de carácter consensual, el sentenciador debe tener en consideración la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior (...).

6°.- Que, recogiendo este concepto de la buena fe procesal, en tanto los litigantes no pueden ir en

contra de sus propias actuaciones, no es posible soslayar que al momento de suscribir la cláusula compromisoria las partes determinaron que cualquier conflicto sería sometido a arbitraje, el que se regiría por el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, sin aludir a la Ley N° 19.971.

7°.- Que, en estrados, los litigantes dieron cuenta que posteriormente, con ocasión de otros conflictos que se suscitaron a raíz del mismo contrato de compraventa de acciones, modificaron los términos de sus Bases del Procedimiento, eliminando la procedencia del recurso de apelación. Esta circunstancia revela que después de un mayor análisis se estimó necesario adecuarlas a la Ley N° 19.971 pero, para los efectos de este juicio, en su inicio y tramitación consideraron como mecanismo válido de revisión el recurso de apelación; en otras palabras, no se había contemplado como alternativa recursiva válida el recurso de nulidad especial contemplado en la citada Ley.

Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de la buena fe procesal, que recoge como uno de sus elementos él no ir en contra de las propias actuaciones que los litigantes han desplegado durante el juicio (...).

8°.- Que, al declararse inadmisibile el recurso de apelación deducido en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso (...).».

II. COMENTARIOS

Como hemos adelantado, no compartimos la decisión de la Corte Suprema de 14 de septiembre de 2020, y tampoco sus fundamentos, pues ellos no solo reflejan un errado entendimiento sobre la regulación autónoma y diferenciada que existe en Chile entre el arbitraje interno e internacional, sino además porque relativiza ciertos principios de arbitraje comercial internacional ampliamente asentados tanto a nivel científico como para los operadores jurídicos.

Lo que hace realmente la Corte Suprema a través de esta sentencia es aplicar reglas del arbitraje interno al arbitraje comercial internacional, desconociendo el sistema dualista que rige en Chile

En mi opinión toda la discusión en este caso y las críticas que puedan formularse a esta sentencia de la Corte Suprema descansa en una premisa fundamental: entender claramente que el sistema arbitral chileno es dualista y no monista (2) , y que por tanto existen normas legales distintas para el arbitraje interno e internacional (3) . El primero de ellos se encuentra regulado en textos legales

elaborados en una época en que el arbitraje era concebido de manera muy distinta a como es entendido hoy (Código de Procedimiento Civil, de 1906: Título VIII: El juicio arbitral, artículos 628 a 645, y Código Orgánico de Tribunales, de 1943: Título X: de los árbitros, artículos 222 a 243); en cambio, el arbitraje comercial internacional tiene una regulación especial en la ley N° 19.971 (2004), elaborada bajo el marco de la Ley Modelo de la UNCITRAL, de 1985, sobre la materia. Estos textos legales abordan elementos esenciales del arbitraje de manera distinta, como lo son el acuerdo arbitral, la arbitrabilidad, el tribunal arbitral, el procedimiento, el control e intervención de los jueces estatales sobre el arbitraje, el derecho aplicable al fondo y, por supuesto, el sistema de recursos que proceden para impugnar el laudo. En este último punto, cabe recordar que en el arbitraje doméstico la ley chilena reconoce una función de control muy intensa a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones respectivas, permitiéndoles no solo conocer de infracciones de forma sino también en cuanto al fondo del laudo arbitral a través de diversos recursos procesales, tanto para arbitrajes de derecho como *ex aequo et bono* (4). Esto se encuentra completamente vedado en el arbitraje comercial internacional en donde solo es posible acudir a la petición de nulidad (cualquiera sea la naturaleza del arbitraje) y no a los demás recursos previstos en la ley chilena para el arbitraje interno.

Lo que hace realmente la Corte Suprema a través de esta sentencia es aplicar reglas del arbitraje interno al arbitraje comercial internacional, desconociendo el sistema dualista que rige en Chile, intentando justificar su decisión a través de grandes principios del derecho y del arbitraje que en verdad no están en discusión entre nosotros, como lo es la buena fe procesal, la teoría de los actos propios, la naturaleza esencialmente consensual del arbitraje que impone la necesidad de atender el interés de las partes (5) y la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en este instituto y en la función jurisdiccional que cumplen los árbitros (6). Nada de esto, desde luego, está en discusión.

Así las cosas, el punto de partida para analizar los fundamentos de esta sentencia es determinar conforme los hechos de la causa si estamos en presencia de un arbitraje interno o internacional, pues a partir de ello surge toda la problemática.

1. ¿Arbitraje interno o arbitraje internacional?

La parte recurrente (compradora) sostuvo en el recurso de queja que el presente arbitraje no era internacional pues no concurría ninguna de las hipótesis de internacionalidad previstas en el art. 1 n.º 3º de la LACI. En efecto, reclama que la Corte de Apelaciones de Santiago, diera por establecido, sin ningún fundamento, que estuviéramos en presencia de un «arbitraje internacional» —siendo aplicable en consecuencia la ley N° 19.971—, en circunstancias que todas las partes del acuerdo de arbitraje tenían nacionalidad chilena y establecimiento en Chile; la sede del arbitraje se encuentra en Santiago de Chile; se trata de la farmacia chilena Cruz Verde y sus negocios relacionados. Si no fuera así no tendría sentido que acordaran la procedencia de recursos que solo tienen cabida en el arbitraje doméstico, como ocurre con la apelación y la casación en la forma. Además, la recurrente señala que el hecho de que en el acuerdo arbitral las partes se sometieran a un «reglamento internacional» de un centro de arbitraje no transforma a un arbitraje en «internacional». No puede darse por «internacional» un conflicto porque el reglamento de tramitación elegido por las partes es denominado «internacional» por el Centro de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago.

Una primera gran crítica a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia es por tanto que frente a un tema tan relevante para la determinación de los recursos en contra del laudo arbitral, como lo es en efecto la determinación de la internacionalidad del arbitraje, nuestro máximo tribunal guardara completo silencio y no justificara sobre la base de los hechos del caso por qué debía calificarse este arbitraje como doméstico o internacional, existiendo diversas hipótesis de referencia en este último caso (7).

Ciertamente se trataba de un tema sujeto a controversia, pues la Corte de Apelaciones de Santiago, entendía que el arbitraje era internacional pues las partes tenían sus establecimientos en Santiago de Chile y México; en tanto la recurrente, consideraba el arbitraje como doméstico, siendo necesario justificar si efectivamente estábamos o no en presencia de un elemento objetivo y significativo de internacionalidad que permitiera arribar a una conclusión certera (8).

Cabe recordar que la LACI no define lo que debe entenderse por «establecimiento» de las partes, pero la doctrina y jurisprudencia ha señalado que ello está vinculado al lugar en que habitualmente se ejerce una actividad, lo que supone la existencia de un vínculo real de índole económico (9).

Ahora bien, llama la atención que la Corte Suprema no se haya detenido a analizar a propósito de este tema las razones por las cuales las partes, durante el procedimiento, modificaron los términos de las Bases del Procedimiento para adecuarlas a la LACI, eliminando la procedencia del recurso de casación; o bien si a su juicio el sometimiento al «Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM Santiago» en el acuerdo arbitral, era suficiente o no para «internacionalizar» el arbitraje.

En mi opinión el sometimiento a un reglamento de arbitraje internacional (incluso de un centro de arbitraje internacional como la ICC o la AAA), no es suficiente si no concurren las hipótesis objetivas que permitan calificar el arbitraje como internacional. Por lo demás es muy frecuente que en arbitrajes internacionales las cláusulas arbitrales hagan referencia a reglamentos de arbitraje doméstico, lo que no modifica su naturaleza jurídica. Resulta perfectamente posible que en un arbitraje internacional regido por la ley Nº 19.971, las partes hayan hecho referencia a un reglamento de arbitraje interno en la cláusula arbitral, siendo en tal caso igualmente un arbitraje internacional.

Si la Corte Suprema se hubiera hecho cargo de esto de manera adecuada, dando razones que justificaran que en este caso las partes tenían establecimientos en Estados distintos, debía rechazar el recurso de queja por improcedente (arts. 5 y 34 de la LACI), obviando los argumentos expuestos. Por el contrario, si nuestro máximo tribunal hubiera fundado una decisión entendiendo que el arbitraje era interno o doméstico, debía haber acogido la queja planteada y también el recurso de apelación, considerando que en ellos se encuentra expresamente reconocido en la ley la procedencia del recurso de apelación en contra del laudo arbitral dictado por árbitros de derecho (10).

2. ¿Acaso los «árbitros internacionales» son «jueces»?

El art. 222 del Código Orgánico de Tribunales (1943) dispone que «...Se llaman árbitros, los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto

litigioso».

El legislador chileno calificó a los árbitros como jueces fundamentalmente para recalcar que ejercen jurisdicción al resolver (administran justicia) y, además, con el objeto de investirlos de la autoridad necesaria para dejar en claro que sus laudos no son menos obligatorios que las sentencias dictadas por jueces estatales. No son, sin embargo, integrantes del Poder Judicial y tampoco funcionarios públicos como los jueces estatales, aunque sí están sujetos a la superintendencia directiva, económica y correccional de la Corte Suprema (11) .

El Considerando Primero de la sentencia de la Corte Suprema indica que el laudo arbitral fue dictado por los «jueces árbitros» Alberto Lyon, Enrique Barros y Manuel José Vial.

El numeral 1° de la SCS de 14 de septiembre de 2020, señala que

«...el arbitraje voluntario se diferencia del arbitraje forzoso en la fuente u origen. Es así como en el arbitraje forzoso la jurisdicción del tribunal arbitral emana de la ley, pero en el caso del voluntario la jurisdicción del tribunal proviene de las partes, específicamente del convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades para someter un asunto a la justicia arbitral, sacándola de la competencia de los tribunales ordinarios o especiales».

La Corte Suprema ha dicho reiteradamente que la fuente de la cual emana la jurisdicción de los árbitros es el acuerdo de arbitraje, recogiendo así la teoría jurisdiccional. Sin embargo, en arbitraje internacional esta discusión es al menos discutible pues los árbitros internacionales no son jueces, sino simplemente árbitros.

3. ¿Estamos en presencia de una cláusula arbitral patológica en este caso?

La redacción de la cláusula arbitral resulta oscura porque realmente no sabemos si al momento de redactarla las partes sabían que efectivamente estaban acordando un arbitraje internacional y no doméstico.

Si la parte recurrente, al momento de redactar la cláusula arbitral, entendió que se sometería a las reglas del arbitraje interno contenidas en el Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales, cabe preguntarse dos cosas: primero, por qué motivo fijó su establecimiento en México al redactar el contrato y no precisó que efectivamente la compradora tenía establecimiento en Chile? y, segundo: ¿por qué motivo acordó incorporar en la cláusula la aplicación del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional y no del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago? Si fuera así, no tendría sentido que en la cláusula se haya hecho referencia a la sede del arbitraje (Chile) y al idioma, cuestiones que normalmente no se encuentran en la redacción de cláusulas de arbitraje interno (12) .

Por el contrario, si la parte recurrente, al momento de redactar la cláusula arbitral, en verdad tenía perfecto conocimiento de que el arbitraje, así pactado, quedaría sujeto a la ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, cabe preguntarse también dos cosas: primero, ¿por qué designó un «arbitro mixto» (propio del sistema chileno de arbitraje interno) (13) ?, y, segundo: ¿con qué motivo

pactó la procedencia de recursos de apelación y casación en la forma, sabiendo que el art. 34 de la LACI sólo permite la nulidad?

Como es posible advertir, en ambos casos, la cláusula arbitral es ciertamente patológica pues mezcla de manera innecesaria y perturbadora elementos propios del arbitraje doméstico y del arbitraje comercial internacional, generando inconvenientes en el desarrollo del arbitraje, cualquiera haya sido la verdadera intención de las partes al momento de redactar la cláusula.

Muchas normas de la LACI son disponibles para las partes y recogen ampliamente la autonomía de la voluntad, especialmente las que regulan el procedimiento, motivo por el cual no resulta en nuestra opinión un elemento determinante para la calificación del arbitraje que las partes se hayan sometido a un «Reglamento Internacional», pues habiéndose fijado la sede en Chile, no cabe sino concluir que la *lex arbitri* es la LACI N° 19.971, la que reconoce ampliamente a las partes la facultad de regular los aspectos de procedimiento del arbitraje (art. 19), ya sea a través de la remisión a cualquier Reglamento o por medio de normas especiales fijadas por las partes en las Bases de Arbitraje, teniendo como única limitación el respeto a la propia ley de arbitraje comercial internacional.

4. La petición de nulidad como único medio de impugnación no atenta contra el derecho constitucional al recurso. ¿Es posible renunciar anticipadamente a la petición de nulidad conforme el art. 19 de la LACI o ampliar sus causales?

El art. 34 de la LACI reconoce a la petición de nulidad como *único* recurso contra un laudo arbitral, de modo que éste *sólo* podrá recurrirse mediante una petición de nulidad, y de la historia de la ley N°19.971. La doctrina chilena es unánime en orden a considerar que la petición de nulidad del art. 34 de la LACI es el único medio de impugnación del laudo arbitral (14). Lo mismo ha resuelto de manera reiterada la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar sistemáticamente recursos de queja y casación en el fondo y forma en contra del laudo arbitral dictado en un arbitraje comercial internacional con sede en Chile (15).

No es posible por tanto que las partes acuerden entre ellas la procedencia de otros recursos o medios de impugnación del laudo arbitral en un arbitraje comercial internacional, como pudiera ocurrir con el recurso de apelación o los recursos de casación en la forma y fondo. Esto último implicaría, además, una modificación entre partes a reglas de competencia absoluta (por materia) de los tribunales superiores de justicia, pudiendo alterar la competencia entregada por la ley a las Cortes de Apelaciones de la sede del arbitraje, lo que ciertamente se encuentra prohibido por la ley chilena. En suma, la autonomía de la voluntad hace excepción en el arbitraje tratándose de las normas que regulan las relaciones entre el tribunal arbitral y la jurisdicción ordinaria (16).

Creemos también que no es posible renunciar *ex ante* la petición de nulidad contemplada en el art. 34 de la LACI, pues si bien se reconoce a las partes amplias facultades para establecer las reglas de procedimiento, ellas no pueden hacerse sino «...con sujeción a las disposiciones de esta ley». Y no existiendo referencia alguna a esta disposición recursiva en el art. 34 de la LACI, no podemos sino concluir que las partes tienen vedada la posibilidad de renunciar válidamente y por anticipado a la petición de nulidad, pues además se trata de una norma de *orden público* que no mira únicamente al

interés de las partes en litigio. Tratándose de normas imperativas no tiene cabida la autonomía de la voluntad, motivo por el cual las argumentaciones jurídicas de la sentencia de la Corte Suprema, referidas a la naturaleza consensual del arbitraje, no tienen mayor impacto en esta discusión. De no ser así no se entendería la inclusión de causales especiales que puede utilizar la Corte de Apelaciones respectiva para anular el laudo, aun sin haberse invocado por el recurrente, como ocurre con la falta de arbitrabilidad de la materia o cuando el laudo violenta el orden público de Chile. Tampoco es posible a nuestro juicio que las partes convencionalmente acuerden suprimir o ampliar las causales previstas en el art. 34 de la LACI para el recurso de nulidad, pues ello implicaría una disposición o modificación del recurso que no permite expresamente la ley.

En conclusión, la petición de nulidad es un medio de impugnación único, extraordinario y de derecho estricto, con causales taxativamente enumeradas que permiten denunciar infracciones graves cometidas en el transcurso del proceso arbitral, sin que se revise el fondo del asunto. El reconocimiento de esta petición satisface los estándares del debido proceso como derecho fundamental a acceder a un procedimiento arbitral racional y justado, dejando por tanto indemne el llamado «derecho al recurso» (posibilidad de revisar el laudo) (17), previsto en los tratados internacionales de DD.HH. (especialmente el Pacto de San José de Costa Rica) (18) y en la Constitución Política de la República (art. 5° inciso 2°) (19), lo que sumado al principio de intervención mínima de los tribunales chilenos en los arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile (art. 5° de la LACI), confirma que no es posible acordar la supresión de este recurso y sus causales, o bien adicionar medios de impugnación distintos en contra del laudo arbitral, pues ello violentaría de manera inaceptable estos principios irrenunciables de carácter imperativo.

Creemos que los argumentos expuestos por la Corte Suprema para permitir la procedencia del recurso de apelación en un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, si bien son equivocados, obedecen a la resolución de un caso puntual y no a un cambio de paradigma jurisprudencia. Una golondrina no hace primavera!! Nos parece muy difícil que este fallo puntual desvíe en el futuro la doctrina contundente que ha fijado nuestro máximo tribunal y la Corte de Apelaciones de Santiago, durante los últimos 15 años, al interpretar las disposiciones de la ley N° 19.971, en donde ha sostenido de manera contundente y sistemática el principio de intervención mínima de los tribunales chilenos y la improcedencia de otros recursos distintos a la nulidad como único medio de impugnación en contra de laudos arbitrales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

BETANCOURT, J., *El contrato de arbitraje internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, 3ª ed., 3 tomos, 2020.

CONEJERO ROOS, C., HIERRO DÍAZ-MORA, A., MACCHIA, V. y SOTO COAGUILA, C. (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*, Madrid, La Ley, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.

MATURANA, C., «Los medios de impugnación en la ley de arbitraje comercial internacional», en E. Picand (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, LegalPublishing, 2014, pp. 1006 ss.

MEREMINSKAYA, E., *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

OSSA, F. y ZAMORA, R., *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

PICAND, E., *Arbitraje comercial internacional*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ROMERO, A. y DÍAZ, J.I., *El arbitraje interno y comercial internacional*, Santiago, Ediciones PUC, 2016.

VALENZUELA, W., *Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación de Chile. El juicio oral como paradigma*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015.

VÁSQUEZ, M., *Tratado de Arbitraje en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

(1)

El art. 545 del Código Orgánico de Tribunales, dispone que «El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procede cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma...».

[Ver Texto](#)

(2) Por ejemplo el sistema arbitral español y peruano. *Vid.* en extenso la situación en América Latina en la obra monumental de: J.C. Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.

[Ver Texto](#)

(3) C. Conejero Roos, A. Hierro Díaz-Mora, V. Macchia, C.A. Soto Coaguila (coords.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*, Madrid, La Ley, 2009.

[Ver Texto](#)

(4) En arbitraje interno, salvo renuncia de las partes, los laudos arbitrales dictados por árbitros de derecho y mixto pueden ser impugnados a través de recursos de apelación y casación en el fondo, queja, protección y casación en la forma. Los laudos dictados por árbitros arbitradores no son recurribles a

través de apelación (salvo se hubiera designado tribunal arbitral de segunda instancia) ni casación en el fondo *vid.* lo dispuesto en los arts. 642 del Código de Procedimiento Civil y art. 239 del Código Orgánico de Tribunales.

sólo será posible su apelación si las partes han designado un tribunal arbitral de segunda instancia. A lo que se debe adicionar que, por la propia naturaleza de estas resoluciones, el recurso de casación en el fondo no procede en contra de aquellas

[Ver Texto](#)

- (5) El numeral 5º de la SCS de 14 de septiembre de 2020, señala que producto del carácter consensual del arbitraje los tribunales deben considerar siempre «...la intención de las partes al contratar y su comportamiento posterior».

[Ver Texto](#)

- (6) El numeral 1º de la SCS de 14 de septiembre de 2020, señala que «...la jurisdicción del tribunal proviene de las partes, específicamente del convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades para someter un asunto a la justicia arbitral, sacándola de la competencia de los tribunales ordinarios o especiales».

[Ver Texto](#)

- (7) J. Betancourt, *El contrato de arbitraje internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 38; E. Mereminskaya, *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Santiago, Legal Publishing Chile 2014, p. 10.

[Ver Texto](#)

- (8) F. Ossa y R. Zamora, *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 18.

[Ver Texto](#)

- (9) G. Born, *International Commercial Arbitration*, 3 tomos, tercera edición, 2020, p. 144 ss.

[Ver Texto](#)

- (10) El art. 239 del Código Orgánico de Tribunales, dispone que «...contra una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos, o sometiéndolos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior. Sin embargo, el recurso de casación en el fondo no procederá en caso alguno contra las sentencias de los arbitradores; y el de apelación sólo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo.

[Ver Texto](#)

(11) *Vid.* STC , Rol 420-2004, considerandos 16 y 17, del Tribunal Constitucional de Chile, el que, al realizar el control preventivo de constitucionalidad de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, previno que el art. 5° de la ley (intervención mínima de los tribunales chilenos) debía entenderse sin perjuicio de la superintendencia directiva, correccional y económica que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la república, incluidos los árbitros.

Ver Texto

(12) [<https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/>].

Ver Texto

(13) La cláusula arbitral dice: «el tribunal será de derecho en cuanto al fallo y arbitrador en el procedimiento». En el arbitraje comercial internacional sólo se distingue entre árbitros de derecho y árbitros arbitradores. Sólo es necesario referirse explícitamente a los árbitros arbitradores cuando las partes quieren darle esas facultades. Por ese motivo, no es una mención esencial dentro de la cláusula arbitral referirse a los árbitros de derecho (*vid.* art. 28 de la LACI).

Ver Texto

(14) F. Ossa y R. Zamora, *op. cit.*, pp. 70 ss; A. Romero y J.I. Díaz: *El arbitraje interno y comercial internacional*, Santiago, Ediciones PUC, 2016, pp. 59-64; C. Maturana, «Los medios de impugnación en la ley de arbitraje comercial internacional», en E. Picand (ed.), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, LegalPublishing, 2014, pp. 1006 y 1022-1023; E. Mereminskaya, *op. cit.*, pp. 34 ss; M. Vásquez, *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, pp.345 ss.

Ver Texto

(15) *Vid.* sentencia Rol 55038-2016, dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, de 05 de octubre de 2016. Declara inadmisibles recursos de casación en el fondo en contra de laudo arbitral dictado de conformidad a la ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional. SCA (Corte de Apelaciones de Santiago), Rol N° 3390-2017, de fecha 12 de abril de 2017. Declara inadmisibles recursos de queja interpuestos en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile (Rol 2480-2015). SCA (Corte de Apelaciones de Santiago), Rol N° 13.472-2015, de fecha 20 de julio de 2017. Declara inadmisibles recursos de queja interpuestos en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile (Rol ICC Case N° 20.756/ASM); STC (Tribunal Constitucional), Rol 3447-17, que rechaza requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de fecha 24 de mayo de 2017, respecto del art. 34 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional; SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 55.038-2016, de fecha 05.10.2016. Declara inadmisibles recursos de casación en el fondo en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile.

Ver Texto

(16) E. Picand, *Arbitraje comercial internacional*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 375.

Ver Texto

(17) *Vid.* STC (Tribunal Constitucional), Rol N.º 2743-14-INA, 3 de marzo de 2016: «Que, esta disposición legal objetada impide el recurso de apelación en las sentencias definitivas, negando así, el derecho al recurso, `constituyendo tal derecho una garantía fundamental que permite a la parte afectada la posibilidad de que un tribunal superior revise conforme a derecho la sentencia que lo afecta; en este procedimiento contravencional no se permite aquello, con lo cual se impide al adolescente una tutela judicial efectiva de sus derechos, produciéndose una desprotección a éste y creando un vacío de control, lo que pugna con la garantía del racional y justo procedimiento, garantía establecida en el art. 19, N°3, de la Carta Fundamental».

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* arts. 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[Ver Texto](#)

(19) W. Valenzuela, *Derecho al recurso. Desde el sistema interamericano a la situación de Chile. El juicio oral como paradigma*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015, p. 40 ss.

[Ver Texto](#)

Una cuestión compleja: un laudo, una acción de anulación, un cumplimiento del laudo y unas medidas cautelares

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 21 de junio de 2021 (1)

A complex issue: an award, an annulment action, compliance with the award and precautionary measures (Decision of the High Court of Justice of Madrid CP 1ª 21 June 2021)

El presente trabajo quiere analizar la situación compleja que se deriva de un laudo arbitral que declara la nulidad de unas cláusulas que prohibían determinadas actividades a la parte demandante. En ejecución de dicho laudo esta parte inicia una actividad comercial que pretende ser suspendida por la parte contraria, que ha instado la anulación del laudo, a través de las medidas cautelares que se solicitan ante el Tribunal Superior de Justicia que conoce del proceso de anulación.

Laudo arbitral, proceso de anulación del laudo, ejecución del laudo, medidas cautelares en el arbitraje.

The present work wants to analyze the complex situation that derives from an arbitration award that declares the nullity of some clauses that prohibited certain activities to the plaintiff. In execution of said award, this party initiates a commercial activity that intends to be suspended by the opposing party, which has requested the annulment of the award, through the precautionary measures that are requested before the Superior Court of Justice that hears the annulment process.

Arbitral award, process of annulment of the award, execution of the award, precautionary measures in arbitration.



Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León

I. TRAZAS PRELIMINARES PARA UNA CUESTIÓN PROCESAL COMPLEJA

Sabido y repetido es que el derecho a la tutela judicial pasa por la efectividad. Y en esa efectividad se cifra la realidad de aquel derecho. El texto constitucional es claro y la jurisprudencia de todos los tribunales de los que emana es coincidente al respecto.

A partir de ahí queda al legislador y a los agentes jurídicos la elección de los mecanismos adecuados para alcanzar dicha efectividad. Mecanismos que deben adaptarse a la realidad jurídica de las distintas situaciones y a las finalidades que con ellos se pretenda alcanzar.

El itinerario que ofrece al ciudadano el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una primera fase (el proceso declarativo) que permite transformar las controversias en resoluciones. Y no una resolución cualquiera sino una resolución dotada del efecto de cosa juzgada que hace que, los pronunciamientos que se hayan dictado con este motivo, sean inamovibles.

Es evidente que el demandante de tutela judicial no quiere tanto la sentencia y la cosa juzgada (que también) cuánto lo que de ella se deriva que es la efectiva satisfacción de su pretensión. Esta satisfacción puede ser voluntaria por parte del demandado condenado. Pero si no hay tal cumplimiento la tutela judicial vuelve a requerir una nueva transformación: la de una resolución, la aportada por la cosa juzgada, en una solución que dé efectiva satisfacción a la pretensión. Y para esto el ordenamiento procesal ofrece otra forma de tutela judicial (el proceso de ejecución) que sirviéndose en las facultades coercitivas del Estado y a través de las garantías, posibilidades y derechos que ofrece el ordenamiento procesal otorga a la parte beneficiada por la resolución con efectos de cosa juzgada una efectiva y definitiva satisfacción de sus pretensiones.

Pero aún queda una última mención. Nos referimos a la tutela cautelar. Ésta, motejada en alguna ocasión como el «aperitivo de la tutela judicial efectiva», es realmente un instrumento procesal hoy por hoy imprescindible para garantizar la repetida efectividad de la tutela judicial. Las medidas cautelares existen porque debe garantizarse la efectividad de las eventuales sentencias condenatorias. Porque el proceso judicial y su prolongación en el tiempo no puede ser la causa y la razón de que las sentencias se queden en meras declaraciones de intenciones. Porque solo puede haber ejecución cuando haya un título que lo permita; pero hay que arbitrar los medios para que, cuando haya un título que lo permita, pueda haber ejecución.

Titulamos este apartado como «trazas preliminares para una cuestión procesal compleja» porque esta es la situación que se plantea en torno al ATSJ de Madrid 298/2021 CP 1ª, de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:298A). Se refiere en los Antecedentes de Hecho de aquella resolución que «el 27 de abril de 2021 tuvo entrada en aquella Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la demanda formulada en nombre y representación de Maxi Mobility Spain, S.L.U. —en adelante, CABIFY—, ejercitando acción de anulación parcial del Laudo arbitral de 29 de diciembre de 2020 —cuya aclaración y complemento se deniega por Laudo de 24.02.2021, dictado por D. Luis Felipe Castresana Sánchez (Presidente), D. Ignacio Díez—Picazo Giménez y D. Juan Cadarso Palau —quien emite voto particular discrepante— en el Arbitraje CAM 2956, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid».

«La demandante interesa —otrosí digo tercero— la adopción de la medida cautelar inaudita parte consistente en prohibir a Auro New Transport Concept, S.L., entre tanto se sustancia el procedimiento principal, la operación a través de cualquier otra plataforma tecnológica, propia o ajena, distinta de la Plataforma Cabify, de cualesquiera Licencias VTC que a día de hoy se encuentren adscritas al Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio suscrito con Cabify el 5

de diciembre de 2018. Ofrece prestar caución mediante aval bancario exigible a primer requerimiento por importe de 75.000 euros o la que tenga a bien fijar el Tribunal. Con carácter subsidiario solicita la adopción de tal medida previa audiencia de la parte demandada, mediando la celebración de la preceptiva vista».

II. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL LAUDO ARBITRAL

Nuestro punto de partida es, por tanto, un proceso de anulación de un laudo arbitral. Para poder valorar en sus justos términos esta acción es necesario recordar y sentar unas premisas necesarias que nos permitan entender la relevancia jurídica de la actividad jurisdiccional que analizamos.

1. Énfasis legal sobre la firmeza del laudo arbitral

Conforme al, art. 43 LA «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». Con esta caracterización del laudo resulta evidente la afirmación pacíficamente formulada por la doctrina jurisprudencial y académica de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional entre otras cosas porque la resolución que pone fin al mismo, el laudo arbitral, tiene la eficacia de cosa juzgada y constituye título de ejecución como expresamente se recoge en el art. 517.2. 2º LEC.

La reforma de 2011 modificó la redacción del referido art. 43 LA. En la versión anterior el texto decía que «el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión»; mientras que la versión que salió de la reforma dispone 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» (2).

Creemos que dos son las modificaciones del texto, que realmente no incorporan novedades normativas, y entendemos que buscan más una clarificación en el régimen y en la imagen de las instituciones que se regulan (3). Primeramente, hay que referirse a que en la nueva versión se habla del laudo sin necesidad de apellidarlo firme con el mensaje subliminal, entendemos, que el laudo arbitral solo puede ser «firme». Dicho esto, también es cierto que en determinados «momentos clave» se acude a la «calificación del laudo». En concreto, en el art. 40 LA se dispone que «contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título». Mención que, sin coherencia sistemática, se mantuvo en el texto del Proyecto de la reforma. Frente a estas disposiciones legales, Martín Brañas (4) afirma que el laudo arbitral es firme desde el momento mismo en que se dicta, ya que no cabe frente al mismo recurso alguno; ni devolutivo ni no devolutivo. Por esta razón concluye el autor citado, tachando como errónea la calificación que la Ley 60/2003 realiza del laudo con el que culmina el procedimiento arbitral y que puede ser objeto de anulación, considerándolo como «definitivo» (art. 40 LA).

Que las partes puedan mostrar su oposición a la prórroga del plazo para dictar el laudo no es propiamente una manifestación del principio

de libertad procedimental del art. 25 LA, sino más bien una consecuencia del único fundamento que tiene la autoridad del árbitro sobre las partes

En segundo lugar y en la misma línea iría el añadido de la acción de anulación del laudo junto a la de revisión como únicos medios de rescisión del laudo. Conocido es que los medios de rescisión lo son frente a sentencias firmes. Y con este texto la ley no hace más que subrayar que el laudo que pone fin al proceso arbitral debe ser un laudo firme equivalente a la sentencia firme.

2. Fundamento de la firmeza del laudo y voluntariedad en el arbitraje

Esta naturaleza del laudo arbitral es consecuencia de la previsión legal y se fundamenta en la voluntad de las partes que al celebrar el convenio sobre materia dispositiva permite que lo resuelto en el laudo tenga eficacia de cosa juzgada. Porque la ley lo dice y las partes así lo han querido (5) .

Esa importancia de la voluntad de las partes se vio reflejada y reforzada en el texto actual de la LA y en la reforma de 2011 (6) . Como tuvimos ocasión de comentar en otra ocasión (7) , la regulación del plazo para dictar el laudo es elocuente al respecto. El texto del art. 37 LA dispone que dicho plazo será de seis meses, prorrogable por los propios árbitros hasta dos meses más (8) . Esta facultad de prórroga del plazo contará con un condicionante, que sería el acuerdo contrario de las partes y una exigencia: la motivación de los árbitros sobre dicho aplazamiento.

Que las partes puedan mostrar su oposición a la prórroga del plazo para dictar el laudo no es propiamente una manifestación del principio de libertad procedimental del art. 25 LA, sino más bien una consecuencia del único fundamento que tiene la autoridad del árbitro sobre las partes. Este no es otro que el convenio arbitral, que constituye el instrumento jurídico de sometimiento de las partes al arbitraje. Tal sometimiento de las partes, en atención a la eficacia que tiene el convenio arbitral (9) , debe estar sujeto a plazo. El plazo dejaría, por tanto, de ser en el convenio arbitral un elemento accidental, pasando a configurar la esencia del mismo (10) , o con más precisión (en palabras de Díez —Picazo y Gullón) (11) , se trata de un término esencial, el cual indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación ejecutada fuera de ese término no satisface el interés que aquel negocio estaba llamado a producir. Y lo que no sería admisible de ninguna manera es que dicho plazo pudiera prorrogarse en contra de las partes en el convenio. Y por eso se dedica una regulación específica y detallada a algo que en principio podría resultar sorprendente: que puedan los árbitros prorrogarse a sí mismos el plazo para dictar laudo (12)

III. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. La constitucionalización del arbitraje a través de la acción de anulación del laudo

La acción de anulación del laudo arbitral es la presencia de la tutela judicial efectiva de modo específico en la institución arbitral. Puede decirse que el arbitraje «no necesita» de la acción de

anulación del laudo, pues sin ésta es en sí misma una institución completa. La acción de anulación vendría requerida por el derecho a la tutela judicial efectiva, o si se prefiere, como instrumento de «constitucionalizar» el arbitraje (13) . Como muy oportunamente recordaba el legislador con motivo de la LA/1988, «el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* consagrado en el art. 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula el recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley». (14)

Pero si bien es cierto que esta acción impugnativa constitucionaliza el arbitraje también lo es que la anulación del laudo significa el fracaso del mismo. la posibilidad de que un lado árbitro sea anulado es, sin duda, un riesgo muy grave, un indeseable resultado que se debe evitar (15) .

2. La acción de anulación del laudo como acción impugnativa autónoma. Y lo que esto supone

Hay que tener presente que el instrumento previsto por el legislador para la anulación del laudo es una acción impugnativa autónoma. Efectivamente la acción de anulación del laudo no constituye un recurso dentro de un proceso. Por el contrario, supone el ejercicio de una acción que a su vez acarrea la iniciación de un proceso judicial en primera y única instancia. De ahí las consideraciones de J.C. Fernández Rozas cuando afirma que la impugnación por nulidad, es distinta e independiente de la revisión por apelación que pudiese fijarse contra el laudo (16) .

Por lo que se refiere a la acción de anulación como acción impugnativa autónoma podíamos decir que la calificación ya estaba lograda por la Ley de Arbitraje de 2003 (17) , aunque no se reflejase con todas sus consecuencias. En principio, la modificación en la Ley 60/2003 por la Ley 11/2011 podría calificarse como una corrección de la redacción derogada, ya que, con anterioridad y en relación con aquella legislación de 1988, mayoritariamente afirmó entonces la doctrina que nos encontrábamos ante una acción de impugnación (18) , opinión que fue acogida por la jurisprudencia menor del momento (19) . La definición que se hizo de la anulación del laudo como una acción impugnativa, supuso en la Ley de 2003, siguiendo a la doctrina tradicional (20) , que ésta va a dar lugar a un proceso nuevo, el objeto del cual no es la constatación de la voluntad de la ley que fue objeto de sentencia ahora impugnada, sino la constatación de una Ley absolutamente nueva, de la cual deriva a favor del impugnante el derecho a obtener la invalidación de la sentencia por un vicio inherente a la misma.

Hablar de la acción de anulación de laudo arbitral no es posible sin la toma en consideración del concepto de orden público que constituye el motivo más polémico e incierto de los recogidos en el art. 41 LA para poder solicitar la anulación del laudo. Como ya tuvimos ocasión de comentar en su momento (21) el legislador se planteó en 2011 la reforma del texto legal en este punto que se intuía que podía constituir talón de Aquiles de la institución y efectivamente el tiempo demostró que así era.

Finalmente el legislador dejó pasar otra ocasión para afrontar una reforma en el sentido expuesto, quedando finalmente la mención al orden público del art. 41 LA en sus mismos términos, de manera que se dio continuidad a la doctrina que de manera casi unánime habían mantenido las diversas

Audiencias Provinciales y continuado los diversos Tribunales Superiores de Justicia, en el sentido de vincular aquella mención al orden público a un concepto de orden público procesal (la mayoría de las veces (22)), y en cualquier caso, desligado de un control sobre la resolución del fondo del asunto.

Todo quedó en nada y el problema latente explotó con la jurisprudencia del TSJ de Madrid (23) que puso en trance de muerte al arbitraje en España de no haber sido corregida por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

IV. EFICACIA EJECUTIVA DEL LAUDO ARBITRAL Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

El laudo arbitral es por tanto un título de ejecución que abre las puertas al proceso de ejecución forzosa. La posibilidad de que ese laudo sea susceptible del ejercicio de la acción de anulación del mismo en el plazo de los dos meses siguientes a su notificación no supone que, caso de instalarse durante dicho plazo la ejecución forzosa del laudo o, en su defecto, hasta que transcurra dicho plazo, disponga de carácter provisional, resultándole de aplicación los preceptos de la LEC relativos a esta modalidad de ejecución, sino que revestirá carácter de definitiva, sin perjuicio de poder quedar suspendida como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación (24) en los términos previstos por el art. 45 LA (25) .

1. Referentes normativos para entender el régimen de suspensión de ejecución del laudo

En esta previsión normativa se halla latente la presencia de la Ley Modelo UNCITRAL, como en la voluntad de superar las antiguas diferencias entre laudos definitivos y firmes. El art. 36.2º de la Ley Modelo, que regula los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución prevé que «si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo (26) la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas». En resumidas cuentas, la pendencia de la anulación del laudo se traduce en la posibilidad de «aplazar» la ejecución. Junto a esto hay que reparar en que las circunstancias que se recogen en el art. 36 de la Ley Modelo como motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución guardan un gran paralelismo con los motivos del art. 41 LA relativos a la anulación del laudo.

Por otro lado, sobre la especialidad del régimen ejecutivo tenemos un obligado referente particularmente próximo en la regulación que hace al respecto la LEC en relación con las acciones impugnativas autónomas (27) . Y es lo cierto que, con total paralelismo respecto de lo previsto en el art. 45.1 LA, el art. 566.1 LEC (28) dispone un régimen de ejecución de la sentencia, pendiente de resolver la revisión o la audiencia al rebelde, que permite la suspensión de la misma a solicitud de parte y mediando caución por parte del ejecutado.

Dispone literalmente el art. 566.1º LEC que

«... si, despachada ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a

instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaran, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia. Para acordar la suspensión el tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia. Antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de revisión, el tribunal oirá el parecer del Ministerio Fiscal.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529».

2. Requisitos para instar la suspensión de la ejecución del laudo

Vista la regulación aplicable a la suspensión de la ejecución y contrastada con otras normativas más o menos equivalentes podríamos sintetizar de la siguiente manera los requisitos para la suspensión de la ejecución del laudo:

1. Ejercicio de la acción de anulación.
2. Haber despachado ejecución.
3. Ofrecimiento de caución con arreglo al art. 45 LA.
4. No hay que valorar la oportunidad a diferencia del art. 566 LEC.
5. No es preciso prestar audiencia al Ministerio Fiscal a diferencia del art 566 LEC.

Es importante subrayar que para la suspensión de la ejecución la ley exige el ejercicio de la acción de anulación del laudo como requisito necesario. De ahí que el AAP Barcelona 1ª 19 noviembre 2018 declare que «la supuesta nulidad del laudo arbitral no podría oponerse en la ejecución, sino que tiene que hacerse valer a través de la acción de anulación del laudo, regulada en los arts. 40 a 43 LA/2003» (29) recordando así la interacción que tiene que haber entre la acción de anulación y la suspensión de la ejecución del laudo pues esta sin aquella no es posible.

Es necesario reparar también en la existencia de dos requisitos necesarios para que se pueda acordar la suspensión de la ejecución del laudo. En primer lugar, la ley de arbitraje en su art. 45 exige que se acuerde a instancia de la parte que haya instado la acción de anulación contra el laudo. Por tanto, el Tribunal no puede adoptarla de oficio. En segundo lugar, es necesario también que se haya despachado ejecución, Pues no se puede suspender una ejecución que no se ha iniciado.

Este último requisito presenta particular interés para la cuestión que analizamos del ATSJ Madrid 21 de junio de 2021. En aquella ocasión el laudo que se impugna tiene como pronunciamiento la declaración de nulidad de una cláusula pactada entre las partes. Y de esa declaración de nulidad y en cumplimiento de ese pronunciamiento se deducen una serie de conductas que puede llevar una de las partes para lo cual no es preciso solicitar la ejecución ya que se trata de alzar la prohibición de llevar a cabo unas conductas. Por este motivo estaríamos ante una condena de no hacer para la parte demandada.

Sobre este tipo de pronunciamientos hay que tener en cuenta lo que acertadamente se recoge en el AAP Cantabria 3ª 18 noviembre 2003:

«asiste la razón al recurrente en cuanto recuerda el derecho, de raíz constitucional, a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales, y a demandar la de esta concreta sentencia en la forma en que la hace. La medida convencional de cuya ejecución se trata no es, contra lo que afirma el juez a quo, un pronunciamiento mero declarativo, que por agotarse en sí mismo no precisa de ejecución, sino que impone recíprocamente a los litigantes una determinada conducta. (...). Es esa una obligación que, por el contenido de la prestación, ha de calificarse como obligación de no hacer y las condenas a obligaciones de no hacer sí son plenamente ejecutables al amparo de la normativa procesal vigente y concretamente se dedica a su expresa regulación el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Efectivamente en el citado artículo de la LEC se contempla la posibilidad de un requerimiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia para deshacer lo indebidamente hecho, la indemnización por daños y perjuicios, el requerimiento de no reiterar el quebrantamiento y la imposición de multas coercitivas (30). Pero no hay propiamente un despacho de ejecución por lo que no puede acordarse la suspensión de la misma.

Sobre la referencia que se hace en el art. 45.1 LA al art. 529.3º LEC hay que tener en cuenta que este último artículo, que lo es de la «sustanciación de la oposición a la ejecución provisional o a actuaciones ejecutivas concretas» ya nos sitúa en un ámbito muy concreto: el de la ejecución. Y aunque el régimen que se contienen de ésta en la LEC y el que se define en el art. 45 LA no es coincidente (en el art. 529 LEC es el ejecutante quien presta caución y en el art. 45 LA es el ejecutado), la regulación que se contiene en el referido art. 45 LA podría entenderse que no es otra cosa que una forma de ejecución provisional o simplemente de ejecución, cuando contra el laudo se haya ejercitado acción de anulación (31).

Es relevante la precisión que hace González Malabia (32) sobre el margen de facultades para resolver la solicitud de suspensión. Efectivamente, el Tribunal resolverá sobre la suspensión mediante auto no recurrible, no efectuando una valoración sobre su conveniencia con base en los perjuicios que irrogaría a la ejecución o la prosperabilidad de la acción de anulación, sino exclusivamente sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la admisión a trámite de la acción de anulación y el ofrecimiento de caución, de forma que cumpliéndose ambos, el margen de decisión del Tribunal quedará reducido a fundamentar y determinar su forma e importe, así como el plazo en que deberá constituirse (33).

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL PROCESO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Es razonable que el arbitraje y las medidas cautelares no sean instituciones ajenas entre sí ya que ambas responden a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, llamadas a ser complementarias. Ya la LA/1988, dentro de este entramado entre la calificación del laudo, la anulación y la eficacia ejecutiva buscó soluciones específicas (34), que personalmente no entendimos acertadas (35) por el sinsentido de sustituir una ejecución provisional (cuando menos)

por unas medidas cautelares (36) .

1. Previo apunte sobre el concepto y los presupuestos de las medidas cautelares al ATSJ Madrid CP 1ª 21 junio 2021

A) Previsiones de la LEC sobre presupuestos de las medidas cautelares

Con arreglo al art. 728.1º LEC «sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

Esa finalidad de garantizar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria nos habla del primer requisito o presupuesto de las medidas cautelares que es la necesidad de que haya un procedimiento principal respecto del cual cumplen su papel instrumental. Teniendo en cuenta que nos hallamos ante una acción de anulación de un laudo arbitral habría que entender que este es el procedimiento principal respecto del que se plantean las medidas cautelares. Esta circunstancia volvió a recordarnos que la anulación del laudo arbitral constituye una acción impugnativa autónoma (37) . A la existencia de un proceso principal se unen como presupuestos el peligro en la mora procesal y la apariencia de buen derecho, sin olvidar el ofrecimiento de caución.

B) La valoración de los presupuestos procesales en el ATSJ Madrid 21 de junio de 2021

Como se recuerda en el ATSJ Madrid 21 junio 2021 que comentamos, la medida cautelar interesada consiste en prohibir a Auro S.L., entre tanto se sustancia el procedimiento principal, la operación a través de cualquier otra plataforma tecnológica, propia o ajena, distinta de la Plataforma CABIFY, de cualesquiera Licencias VTC que a día de hoy se encuentren adscritas al Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio suscrito entre AURO y CABIFY el 5 de diciembre de 2018.

El peligro en la mora procesal, tal y como se expone y con arreglo al criterio de la solicitante de las medidas, estaría en los sólidos indicios de que AURO esté negociando con UBER, principal competidor de CABIFY en España. De llegar estas negociaciones a un contrato el perjuicio de CABIFY se cifra en tres circunstancias: 1) la puesta a disposición de la flota de AURO en régimen de multiplataforma incluyendo a UBER, supondría una reducción al cabo de un año de casi más de un millón de recorridos para CABIFY; 2) se vería seriamente comprometida la posición competitiva de CABIFY; 3) los costes de oportunidad: la decisión de AURO de compartir su flota con la plataforma de UBER supondría una inversión adicional en reposición de licencias por parte de CABIFY.

La argumentación en torno a la apariencia de buen derecho gira en torno a dos motivos.

- 1) En primer lugar la falta de congruencia. Y esto porque «el laudo resuelve la controversia sobre la validez de la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado en términos distintos de aquellos en los que las partes del arbitraje la sometieron al Tribunal Arbitral, lo que es determinante de su nulidad conforme al art. 41.1º.c) de la LA».
- 2) El segundo motivo radica en que el laudo sería contrario al orden público. La motivación empleada por la mayoría del Tribunal Arbitral no solo es errónea y arbitraria, sino que vulnera

principios esenciales del Derecho de la Competencia, que son de orden público, lo que es igualmente determinante de la nulidad de los pronunciamientos impugnados por mandato de lo dispuesto en el art. 41.1.º.f) de la LA.

La valoración que hace el Tribunal sobre la concurrencia de los referidos presupuestos es la siguiente. Por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho anuncia en el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto que comentamos que el análisis de dicho presupuesto ha de ser muy escueto, limitándose a señalar que «en efecto, la demandante aporta «argumentos y justificaciones documentales» que permiten fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, esto es, a su cuestionamiento de que la anulación por el Laudo de la «cláusula de no competencia» se acomode al Derecho de la Competencia, Interno y de la Unión; ambas partes coinciden en que están implicadas normas imperativas (arts. 38 CE, 101 TFUE y 1.1º LDC) cuya eventual inobservancia podría entrañar una lesión del orden público material».

El Auto del TSJ de Madrid se limita a hacer esos meros apuntes favorables a concurrencia de la apariencia de buen derecho porque argumentar más no iría a ninguna parte desde el momento en que no entiende debidamente justificado el peligro en la mora procesal. La premisa de la que se parte a la hora de hacer esta valoración es que, si bien «en el proceso arbitral y en el de anulación del laudo lo que se enjuicia es la validez o no de una cláusula de no competencia, en el proceso de medidas cautelares deben valorarse las consecuencias económicas de su inobservancia: estamos ahora, indudablemente, ante una cuestión de índole patrimonial, *lato sensu*. En casos de esta naturaleza se suele vincular la realidad del *periculum in mora* a la ineffectividad irreversible en el derecho de los solicitantes (*v.gr.*, ATS 11 de marzo de 2014, FJ 3º)».

Y la sala del TSJ de Madrid que enjuicia esta cuestión entiende que no queda acreditado el peligro en la mora procesal porque no se prueba la entidad y eventual irreversibilidad de ese pretendido peligro. En primer lugar, por la desproporción que hay entre los pretendidos daños económicos que la propia actora dice que sufriría y la facturación de la misma, que como ha resultado acreditado, en cada uno de los últimos años multiplica casi por 20 los pretendidos daños. A esto se añadiría la previsible brevedad en el procedimiento principal que es el de anulación del laudo. Por lo demás, la actividad de la entidad demandada hoy por hoy no hace pensar en los peligros a los que se refiere la actora.

2. Posibilidad de solicitud de medidas cautelares durante el proceso de anulación del laudo

Siendo cierto lo dicho sobre las medidas cautelares también lo es que el proceso de anulación del laudo es un proceso muy singular. Tiene por pretensión la rescisión de un laudo, siendo esta una resolución con efectos de cosa juzgada y eficacia ejecutiva. Por este motivo y por lo que respecta al ámbito de la efectividad en la tutela judicial podría colisionar la ejecución del laudo que insta quien se ha visto favorecido por el mismo con las medidas cautelares que pudiera solicitar quien pretende la anulación del referido laudo. Esta compleja situación se resuelve en la regulación el proceso de anulación del laudo a través de la posibilidad de suspensión de la ejecución a la que ya nos hemos referido.

3. A modo de conclusión. Diferencias, ventajas e inconvenientes entre la suspensión de la ejecución

del laudo y las medidas cautelares en el proceso de anulación

Pensamos que merece interés reparar en el comentario que hace, por lo menos en dos ocasiones, el auto del TSJ de Madrid que estamos comentando. Nos referimos al objeto de la medida cautelar que se solicita que realmente no es otro que la suspensión de la eficacia del laudo arbitral que está sujeto a proceso de anulación. Así, cuando se hace referencia en el Fundamento de Derecho Tercero a la posición de la parte demandada, se explica cómo esta solicita la desestimación de la petición de prohibición que pretende CABIFY ya que «a través de esa solicitud lo que CABIFY pide, en realidad, es la suspensión de la decisión anulatoria del laudo, con la consiguiente reviviscencia de la cláusula controvertida».

Para quien pretende la suspensión de lo acordado en el laudo, presenta ventajas acudir a la suspensión regulada en el art. 45 LA., básicamente por el mínimo (por no decir nulo) margen de discrecionalidad que el Tribunal tiene para acordar dicha suspensión

Y vuelve sobre esta idea con mayor detalle al final del Fundamento de Derecho Tercero y como colofón de la fundamentación del auto concluyendo que «este Tribunal no aprecia la necesidad de preservar la insatisfacción definitiva —entendida del modo supra reseñado— de la tutela que pueda dispensar una eventual sentencia estimatoria, de modo que proceda decretar una medida cautelar que en realidad tiene naturaleza anticipativa, pues, en rigor, se traduce en la suspensión de la eficacia del Laudo».

Después de todo lo expuesto, ¿podríamos hablar de un desajuste entre fines y medios? Desajuste entre lo pretendido por la parte actora que impugna la validez del laudo y solicita las medidas cautelares y la elección de los medios técnicos de los que se ha servido.

A) Ventajas y exigencias de la suspensión del laudo

Primeramente, podríamos pensar que si lo que persigue la actora del proceso de anulación del laudo es realmente la suspensión de la eficacia del mismo, el mecanismo al que debería haberse acudido no es otro que la suspensión de la ejecución del laudo. Parece evidente que éste es el mecanismo contemplado por el art. 45 LA para mantener el equilibrio entre las partes: la parte que tiene a su favor un laudo, con efectos de cosa juzgada y eficacia ejecutiva; y la parte que puede accionar un medio de rescisión de resoluciones firmes, como es en este caso la acción de anulación del laudo. Ya comentamos en su momento que esta solución contaba con el precedente del régimen de otros medios de rescisión y, en el ámbito del arbitraje, de la normativa contemplada en la Ley Modelo UNCITRAL.

Para quien pretende la suspensión de lo acordado en el laudo, presenta ventajas acudir a la suspensión regulada en el art. 45 LA. Básicamente por el mínimo (por no decir nulo) margen de

discrecionalidad que el Tribunal tiene para acordar dicha suspensión. Como ya dijimos en su momento, el Tribunal resolverá sobre la suspensión mediante auto no recurrible, no efectuando una valoración sobre su conveniencia con base en los perjuicios que irrogaría a la ejecución o la prosperabilidad de la acción de anulación, sino exclusivamente sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la admisión a trámite de la acción de anulación y el ofrecimiento de caución, de forma que cumpliéndose ambos, el margen de decisión del Tribunal quedará reducido a fundamentar y determinar su forma e importe, así como el plazo en que deberá constituirse.

Dicho lo cual pensamos que no resulta especialmente aventurado afirmar que, en el caso que estamos comentando del ATSJ Madrid 21 de junio de 2021, una solicitud de suspensión del laudo impugnado habría sido estimada, básicamente porque el TSJ debe acordar esa suspensión de forma casi automática, sin que quepan las disquisiciones que se llevaron a cabo en el auto analizado sobre la concurrencia o no de peligro en la mora procesal que dieron al traste con la solicitud de suspensión como medida cautelar.

Pero es evidente que la explicación no termina aquí. La conducta procesal de la parte actora no resulta reprochable por haber acudido a las medidas cautelares. Y no lo es porque en el caso analizado no pudo plantearse la suspensión del laudo impugnado. Efectivamente, tal y como comentamos al referirnos a los requisitos para solicitar la suspensión del laudo impugnado, es necesario que se haya despachado ejecución. Sin esta, no habría nada que suspender. Y este habría sido el motivo por el que la parte actora no ha podido acudir a la suspensión del laudo del art. 45 LA que le habría reportado mayor eficacia, aunque previsiblemente hubiese resultado más exigente, en lo que a caución se refiere, que las medidas cautelares que se pretendieron.

B) Posibilidades, limitaciones y exigencias de las medidas cautelares en un proceso de anulación del laudo

El hecho de que la ley prevea la posibilidad de ejecución del laudo impugnado no es motivo por el que, *a priori*, haya que descartar la posibilidad de solicitar medidas cautelares al amparo de ese proceso de anulación de laudo (38). Así lo entiende Mallandrich Miret en un detallado estudio al respecto. Sostiene esta autora que si el laudo es estimatorio y el demandado interpone la acción de anulación este estará interesado en evitar que el laudo pueda tener algún tipo de eficacia en espera de que se resuelva la acción de anulación y que esta sea estimatoria. Por lo tanto, el demandante que ha obtenido un laudo estimatorio podría promover la ejecución del mismo durante la tramitación de la acción de anulación, o incluso antes de su interposición, pudiendo causar daños irreparables al condenado que luego podría ver anulado el laudo si la acción de anulación prospera. Ante esta situación (que podemos equiparar a la que estamos analizando) el demandado que quiera ejercitar una acción de anulación podría plantearse solicitar una medida cautelar dirigida a impedir que el demandante pudiera solicitar la ejecución del laudo o en el supuesto de que esta ya se hubiera promovido, su suspensión (39).

En relación con el análisis del ATSJ Madrid 21 de junio de 2021 que comentamos, tal y como apuntamos anteriormente, el Tribunal a la hora de desestimar las medidas cautelares añade como motivo la circunstancia de tratarse de «una medida cautelar que en realidad tiene naturaleza

anticipativa, pues, en rigor, se traduce en la suspensión de la eficacia del Laudo». Es cierto que el carácter anticipativo de una medida cautelar, en el sentido de que suponga directamente la satisfacción de la pretensión principal, no resultan admisibles ya que la medida cautelar garantiza la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y una medida anticipativa supondría la estimación de la pretensión principal. Sin embargo, no pensamos que la medida cautelar que se planteó en nuestro proceso tuviera ese carácter. Es cierto que se perseguía la suspensión y por tanto la ineficacia del laudo impugnado, pero no la declaración de nulidad del mismo. Por otro lado, esa suspensión sería temporal, como toda medida cautelar. La solicitud de esta medida cautelar siempre quedaría amparada por el art. 727.11ª LEC que contempla las denominadas medidas cautelares innominadas. Y analógicamente también resultaría admisible atendiendo a la medida prevista en el art. 727.10ª LEC que prevé la suspensión cautelar de acuerdos sociales impugnados.

Se ha planteado también al respecto de esta petición cautelar la cuestión relativa a la competencia para conocer de la medida. Y esto en el sentido de que si se pretende a través de la medida cautelar que se lleve a cabo la suspensión de la ejecución debería solicitarse la tutela cautelar ante el Tribunal que esté conociendo de dicha ejecución, que sería *el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado* el laudo, con arreglo al art. 8.4º LA. No pensamos que sea adecuado el criterio expuesto ya que estamos hablando de la competencia para conocer de unas medidas cautelares solicitadas a un Tribunal. Y el art. 723 LEC dispone al respecto que *será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal* (40). Sin embargo, se ha llegado a soluciones diversas cuando las medidas cautelares se solicitan en relación con un proceso de ejecutur (41).

Por otro lado, el solicitante de las medidas cautelares debe tener presente que la apariencia de buen derecho que debe acreditar como presupuesto de las medidas cautelares que solicita lo es respecto de la acción de anulación del laudo. No se trata por tanto de acreditar la apariencia de buen derecho sobre la cuestión controvertida y resuelta ya en el laudo. La concurrencia de los presupuestos de las medidas debe ser respecto del procedimiento principal al que sirve el proceso cautelar y este no es otro que el proceso anulación del laudo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución. Novedades 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», *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Editorial La Ley, pp. 125—174.

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

BARONA VILAR, S., «Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia», en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. Cizur Menor, 2007.

BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

CABANILLAS SANCHEZ, A., "Título VII: De la anulación del laudo arbitral" *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (R. Bercovitz Rodríguez—Cano, coord.), Madrid, Tecnos, 1991.

CALAMANDREI, P., *La Casación Civil* (traducción de Sentís Melendo), Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina, 1945.

CLAROS ALEGRÍA, P., «De la anulación y de la revisión del laudo», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (R. Hinojosa Segovia, coord.). Barcelona, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004.

CORDON MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cizur Menor, Civitas, 2010.

DÍEZ—PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.

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

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (eds.), *Diez años de jurisprudencia arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Manual de arbitraje* (con L. F. Castresana, F. Ruiz Risueño, G. Stampa), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

FONT SERRA, E., «La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español», *Justicia*, 1989, n.º II, pp. 341—386.

GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tribunales y arbitraje. Diálogo, concurrencia, colaboración y control*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A., «Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. (González Soria, julio Coord.), Cizur Menor, 2004, pp. 391-400.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (J. González Soria, Coord.), Cizur Menor, 2004, pp. 391-400.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.

LORCA NAVARRETE, A.M., *El control judicial del laudo arbitral*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2019.

LORCA NAVARRETE, A.M., «Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo

arbitral en la vigente Ley de Arbitraje», *La Ley*, año XXV, n.º 6005. Martes, 27 de abril de 2004.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.

MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010.

MARTÍN BRAÑAS, C., «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación Procedimental», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, n.º 3/2006, pp. 113—157.

MARTÍNEZ SASTRE, S., «El derecho de disposición de las partes en fase de anulación», *Anuario de arbitraje 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2017, pp. 379—406.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

ORTELLS RAMOS, M., «Art. 50», *Comentario breve a la Ley de Arbitraje* (J. Montero Aroca, coord.), Madrid, Civitas, 1990, pp. 254—262.

OSORIO ITURMENDI, L., «El derecho de disposición de las partes en fase de anulación», *Anuario de arbitraje 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2017, pp. 379—406.

PÉREZ SANZ, M.B., «Comentarios al art. 45 sobre suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo», *Comentarios a la ley de arbitraje Art. 45* (coordinador Lorenzo Prats Albentosa), Madrid, editorial La Ley, pp. 1041—1050.

REMÓN PEÑALVER, J., «Orden público y acción de anulación», *Anuario de arbitraje 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2017, pp. 407—426.

REMÓN PEÑALVER, J., *«La acción de anulación», Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la corte civil y Mercantil de arbitraje (CIMA)*. Madrid 2015.

(1)

El presente estudio forma parte del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «Hacia un Derecho procesal de consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo» (ref. PID2020—117624GB—I00, tipo de proyecto B, duración 4 años, IP 1 Carmen Jerez Delgado IP 2 Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.

Ver Texto

(2) Como tuvimos personalmente ocasión de comentar con motivo de la reforma, el breve añadido que se hace en un artículo ya de por sí breve, pone punto y final a la diferenciación entre laudo firme y laudo definitivo; consagra el procedimiento arbitral como un procedimiento de única instancia, y define el arbitraje como un equivalente jurisdiccional, también en su eficacia ejecutiva. «Régimen del laudo

arbitral. Su anulación y ejecución. Novedades 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», en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*. Editorial La Ley. p. 161.

[Ver Texto](#)

- (3) Podemos vincular esta modificación con la referencia contenida en el apartado I de la Exposición de Motivos 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. Allí se afirma que «se trata ahora de modificar algún aspecto de la Ley de Arbitraje que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de 'equivalente jurisdiccional'».

[Ver Texto](#)

- (4) C. Martín Brañas, «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación Procedimental», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, n.º 3/2006, p. 125.

[Ver Texto](#)

- (5) Sobre la autonomía de la voluntad en el arbitraje, por extenso A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch editor, 2017.

[Ver Texto](#)

- (6) Entre otras, queremos resaltar la STSJ Madrid CP 1ª 19 julio 2019. Allí se declara, junto a otras cuestiones, que «el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es «un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art.1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre), FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje «lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)». Consulta de la sentencia en J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez. *Diez años de jurisprudencia arbitral en España. Tras la modificación de 2011 de la ley de arbitraje de 2003*. Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 47—48.

[Ver Texto](#)

- (7) «Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución...», *loc. cit.*, pp. 129—130.

[Ver Texto](#)

- (8) Recuerdan A. Hierro Hernández—Mora y R. Hinojosa Segovia, que en el Proyecto de la Ley de 2003 no se establecía ninguna limitación temporal, pero prosperaron las numerosas enmiendas presentadas al respecto (enmiendas n.º 9 Grupo Vasco, 35 Grupo Federal de Izquierda Unida, 60 Grupo Popular, 96 Grupo Catalán y 110, Grupo Socialista). Y añaden que esto por la razón evidente de que, en otro caso, podría privarse al arbitraje de una de sus ventajas fundamentales. En *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (J. González Soria coordinador). Cizur Menor, 2004, p. 395.

[Ver Texto](#)

(9) Téngase en cuenta la eficacia negativa del convenio que excluye a las partes la posibilidad de acceder a los tribunales de justicia a través de la declinatoria que pueda plantearse (art. 11 LA y 63 LEC). La disponibilidad de las partes sobre el arbitraje justifica que no puedan los árbitros señalar plazos a la vigencia del convenio. Y es que, tal y como ya apuntó la doctrina al respecto, la exclusión de la jurisdicción no pueda ser permanente (R. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, 1991. p. 343).

[Ver Texto](#)

(10) Como se afirmaba en la STS Civ. 1ª (Sala de lo Civil) 12 noviembre 1992 (RJ 1992\9578), «la doctrina científica es unánime en reconocer que una de las ventajas de la institución arbitral, y que le sirve de fundamento, es que la misma sólo dura lo que las partes determinan».

[Ver Texto](#)

(11) L. Díez—Picazo y A. Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 106 .

[Ver Texto](#)

(12) No en vano, el art. 30 LA/1988 disponía respecto del plazo de seis meses para distar el laudo que «este plazo solo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial».

[Ver Texto](#)

(13) Constitucionalización legal del arbitraje entendemos que necesaria, que no es lo mismo que el control constitucional de la tutela arbitral. Tal y como explica detalladamente S. Barona Vilar, en el ordenamiento jurídico español no cabe el control en amparo por el TC de la actuación emanada de los árbitros. S. Barona Vilar, «Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia», en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor, 2007, p. 54.

[Ver Texto](#)

(14) La cita es de la Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

[Ver Texto](#)

(15) J. Remón Peñalver, «La acción de anulación», *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de arbitraje (CIMA)*, Madrid, 2015 p. 253.

[Ver Texto](#)

(16) Continúa comentando este autor que en la nulidad se intenta ni más ni menos que revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación pone, y como es lógico, los medios de impugnación no resultan disponibles para las partes al fundarse en cuestiones de orden público; por el contrario, en la apelación lo que se pretende es que el órgano superior revise lo decidido

por los árbitros o en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo entrando directamente en el fondo del asunto. Facultad revisora en cuanto al fondo que no tiene el Tribunal que conoce de la acción de anulación. J.C. Fernández Rozas, *Manual de arbitraje* (con L.P. Castresana, F. Ruiz Risueño, G. Stampa), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. p. 246.

[Ver Texto](#)

(17) Ya se anunciaba en la Exposición de Motivos de la Ley que «respecto de la anulación, se evita la expresión «recurso» por resultar técnicamente incorrecta». Con esta mención se hace referencia a la dicción que utilizaba la Ley derogada de 1988, que en su Título VII regulaba la anulación del laudo, anulación que a partir del art. 46 se calificaba como de recurso de anulación.

[Ver Texto](#)

(18) En este sentido, por ejemplo, E. Font Serra, La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español, en *Justicia*, 1989, n.º II, p. 375; R. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)*. Madrid, 1991, pp. 59 ss; el autor de estas líneas en *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada, 1996, págs. 24 y ss. Ya bajo la vigencia de la actual LA de 2003, y en el mismo sentido, A.M. Lorca Navarrete, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004, págs. 361 ss; P. Claros Alegría, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (coordinados por R. Hinojosa Segovia). Barcelona, 2004, p. 216.

[Ver Texto](#)

(19) A este respecto puede consultarse la obra del Profesor A.M. Lorca Navarrete (*Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, San Sebastián, 2004, pp. 362 ss.) en la que se recoge un exhaustivo estudio de la valoración que los tribunales hicieron de aquel cauce de impugnación, analizando las sentencias de Audiencias Provinciales publicadas en la *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Así se habla de «demanda de nulidad en primera y única instancia» (SAP de Vizcaya de 10 de diciembre de 1990); «procedimiento judicial seguido en primera y única instancia» (SAP de Madrid de 21 de octubre de 1991 y de 22 de septiembre de 1992); o simplemente «demanda» (SAP de Vizcaya de 12 de julio de 1995).

[Ver Texto](#)

(20) P. Calamandrei, *La Casación Civil* (traducción de Sentís Melendo). Buenos Aires, 1945, pp. 218—219.

[Ver Texto](#)

(21) «Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución...», *loc. cit.*, pp. 146—147. En el Proyecto de aquella reforma legal se barajaron posibilidades como la de sustituir la referencia al «orden público» sin más, por una más exigente consistente en la infracción «manifiestamente contraria al orden público». En la tramitación del Proyecto no pasó desapercibida la mención al eterno interrogante del orden público, y en la Enmienda n.º 29, del Grupo Parlamentario Popular, se propuso una nueva redacción para el motivo de anulación del laudo que hablase de «que el laudo se hubiere dictado fuera del plazo o con infracción de las normas imperativas o constitucionales». En el mismo sentido, la Enmienda n.º 46, del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) proponía añadir un párrafo segundo con un propósito explicativo o delimitador del orden público, en el que se dispusiere que «se considerará que

un laudo es manifiestamente contrario al orden público cuando se haya dictado con vulneración de los principios o derechos fundamentales de la Constitución».

[Ver Texto](#)

(22) Es posible encontrar, aisladamente, planteamientos diversos, como los que señala A. M. Lorca Navarrete («Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje», en *La Ley*, año XXV, n.º 6005. Martes, 27 de abril de 2004), citando sentencias como la SAP Barcelona 18 julio 1995, o la de la SAP de las Islas Baleares 4 febrero 1997. En dichas resoluciones se aboga por un concepto de orden público que se extiende a las normas legales de «*ius cogens*», tanto imperativas como prohibitivas, sean de índole procesal o material, y a los principios esenciales que de éstas derivan. Entendemos que constituyen un paso más adelante las posturas que contemplan la conveniencia de otorgar un trato diferenciado a las irregularidades de carácter procesal y las relativas al fondo en cuanto a su exclusión del control judicial o la renuncia a las facultades de impugnación. En este sentido G. Ormazabal Sánchez, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 29 ss.

[Ver Texto](#)

(23) No podemos extendernos aquí sobre esta trascendental cuestión, pero entendemos que en su momento fueron acertados los vaticinios que entendían que ejercer la facultad de apreciación de oficio de posibles vulneraciones del orden público, imposibilita a las partes disponer de la acción de anulación ya iniciada. Y esta interpretación de la función de control judicial del laudo contradice el principio de mínima intervención judicial que rige en el arbitraje e impone la subsistencia del control judicial incluso en contra de la voluntad de las partes. L. Osorio Iturmendi y S. Martínez Sastre, «El derecho de disposición de las partes en fase de anulación», *Anuario de arbitraje 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2017, p. 405. En el mismo sentido y en la misma obra afirma otro autor que el orden público es un *puente* entre el laudo y el conjunto del sistema político y jurídico constitucional en cuyo seno se dicta y cumple una función de *filtro* al permitir la expulsión del laudo radicalmente inadmisibles y por consiguiente nulo por su oposición flagrante a «los principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español». (STSJ de Madrid n.º 60/2016, de 6 de octubre (roj10728/2016) J. Remón Peñalver, «Orden público y acción de anulación», en la obra anteriormente citada, pp. 420—421.

[Ver Texto](#)

(24) Así se pronuncia S. González Malabia, *Tribunales y arbitraje. Diálogo, concurrencia, colaboración y control*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2021, p. 193.

[Ver Texto](#)

(25) Art. 45 LA: Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo:

1. 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 apartado 3 del art. 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

2. El Secretario judicial alzará la suspensión y ordenará que continúe la ejecución cuando conste al Tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los art. 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. El Secretario judicial alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al Tribunal que ha sido estimada la acción de anulación.

Si la anulación afectase sólo a las cuestiones a que se refiere el apartado 3 del art. 41 y subsistiesen otros pronunciamientos del laudo, se considerará estimación parcial, a los efectos previstos en el apartado 2 del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[Ver Texto](#)

(26)

Se refiere este supuesto a la denegación del reconocimiento o la ejecución probándose a instancia de parte «que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo».

[Ver Texto](#)

(27) Dispone el art. 504 LEC la «eventual suspensión de la ejecución. Procedimiento de la rescisión», de manera que «1. Las demandas de rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía no suspenderán su ejecución, salvo lo dispuesto en el art. 566 de esta Ley». En idénticos términos, el art. 515 LEC prevé que «las demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven, salvo lo dispuesto en el art. 566 de esta Ley».

[Ver Texto](#)

(28)

El título del art. 566 LEC es el de «Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en casos de rescisión y de revisión de sentencia firme», y el del art. 45 LA «Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo».

[Ver Texto](#)

(29) Se encuentra la cita en J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez, *Diez años de jurisprudencia arbitral en España...*, op. cit., p. 1010.

[Ver Texto](#)

(30)

Dispone literalmente el art. 710 LEC lo siguiente «1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Letrado de la

Administración de Justicia responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Letrado de la Administración de Justicia con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.

2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

[Ver Texto](#)

(31)

Está fuera de toda duda que el trámite de ejecución judicial de la sentencia no puede atacar la eficacia de cosa juzgada del laudo. Así lo recuerda F. Cordón Moreno (*Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Madrid, 2010, pp. 29—30) cuando cita la STS Civ. 28 julio 1995. Efectivamente, en trámite de ejecución «podrán plantearse todos los incidentes que legalmente sean procedentes hasta alcanzar la verdadera intelección de lo resuelto por el árbitro en el laudo arbitral firme que se trata de ejecutar, pero lo que en ningún caso puede ser procesalmente permisible es que trate de plantearse, a través de un procedimiento declarativo ordinario, la cuestión, verdaderamente insólita, atinente a la interpretación del repetido laudo, pues ello equivale, real y prácticamente, aunque por esa vía indirecta, a plantear de nuevo ante el órgano jurisdiccional, con evidente infracción del principio de la santidad de la cosa juzgada, la misma cuestión litigiosa que ya había sido resuelta por el expresado laudo arbitral firme» (STS citada, Fundamento Jurídico Séptimo, párrafo tercero).

[Ver Texto](#)

(32) S. González Malabia, *Tribunales y arbitraje. Diálogo, concurrencia, colaboración y control*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 195.

[Ver Texto](#)

(33) En el mismo sentido expone esta autora que, aunque el precepto hace referencia a que el Tribunal resolverá sobre la caución, parece razonable, que podrá resolverse sobre otros extremos como la acreditación de la pendencia del recurso de anulación o no. De la literalidad de la norma parece deducirse que el Tribunal debe de forma automática acceder a la suspensión y debe limitarse a resolver sobre la suficiencia de la caución ofrecida; a pesar de la poca discrecionalidad que deja el Tribunal, sí debe este apreciar aquellas circunstancias en orden a la pendencia de la acción de anulación. M.B. Pérez Sanz, «Comentarios al art. 45 sobre suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo», *Comentarios a la ley de arbitraje* (L. Prats Albentosa, coord.). Madrid, La Ley, pp. 1043.

[Ver Texto](#)

(34) El art. 50.1º LA/1988 disponía que «recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del juez de primera instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquel una vez que alcanzare firmeza».

[Ver Texto](#)

(35) Así lo expusimos en *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada, 1996, pp. 403 y ss. En el mismo sentido, la mayoría de la doctrina se mostró disconforme con la variación del criterio legal. Así, M. Ortells Ramos (*Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. (Coordinados por J. Montero Aroca). Madrid, 1990, p. 255) calificó de sorprendente que una ley que pretende perfeccionar la utilidad del arbitraje haya omitido, frente a la antigua Ley de 1953, la posibilidad de ejecución provisional del laudo. A. Cabanillas Sánchez (*Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid, 1991, pp. 757 y 758) también puso de relieve esta falta de sentido en la política legislativa, ya que, con anterioridad a la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984, cabía ejecutar provisionalmente el laudo y no las sentencias judiciales, y tras aquella reforma, que posibilita la ejecución de la sentencia recurrida, la LA/1988 suprime la ejecución provisional del laudo. En este mismo sentido se manifestó E. Font Serra («La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español», en *Justicia* 1989, n.º II, p. 381) quien añade que con esta introducción de medidas cautelares se pretende evitar que se acuda al proceso de anulación con la única finalidad de aplazar la ejecución del laudo.

[Ver Texto](#)

(36) Sobre la evolución en la relación jurídica entre arbitraje y medidas cautelares, N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010.

[Ver Texto](#)

(37) En ese sentido, resulta correcta la conclusión de Lorca Navarrete cuando afirma que el control judicial del laudo arbitral no es susceptible de ser conceptuado como una acción de nulidad contractual susceptible de invalidar el laudo arbitral. A.M. Lorca Navarrete, *El control judicial del laudo arbitral*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2019, p. 47.

[Ver Texto](#)

(38) Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo aquí a las medidas cautelares que pudieran solicitarse al Tribunal que esté conociendo de la anulación del laudo. No analizamos aquí por tanto las medidas cautelares que puedan adoptar los árbitros a través del denominado laudo cautelar. Sobre esta posibilidad por extenso S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

[Ver Texto](#)

(39) N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 180. Defiende la citada autora esta posición tomando en consideración la previsión contenida en el art. 565 LEC, de aplicación para las ejecuciones y suspensiones judiciales, que es el caso que analizamos. Según el citado precepto, «sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución». Y en nuestro caso la suspensión de la ejecución está contemplada y regulada por el art. 45 LA.

[Ver Texto](#)

(40) La autora anteriormente citada expone y critica el criterio contenido en el AAP Vizcaya 4ª 5 febrero

2007, en el que se declara que «procede por lo expuesto la inadmisión a trámite de la petición de medidas cautelares articulada, debiendo la solicitante, si a su derecho conviniera, reproducir la medida solicitada ante el órgano competente para la ejecución del laudo, en los términos establecidos en el precepto citado» (cf., *Medidas cautelares y arbitraje...*, op. cit., p. 181).

[Ver Texto](#)

⁽⁴¹⁾ Así lo resuelve la STSJ Cataluña CP 1ª 9 diciembre 2011, en la que resuelve la cuestión de competencia a favor del juzgado de primera instancia, atendiendo a lo que son funciones propias de los tribunales superiores de Justicia, a la conveniencia de vincular las medidas cautelares con la ejecución y por las ventajas que puede haber a efectos de recursos sobre la resolución de las medidas cautelares. Para consultar el texto de la resolución, en J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez. *Diez años de jurisprudencia arbitral en España...*, op. cit., pp. 355—356.

[Ver Texto](#)

La adopción de medidas cautelares previas e *inaudita parte* pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de julio de 2021

The adoption of prior and *inaudita parte* interim measures pending the recognition of a foreign arbitral award (Decision of the Madrid Provincial Court of 7 July 2021)

Este trabajo tiene por objeto realizar el análisis de algunas de las cuestiones procesales que se tratan en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 214/2021, de 7 de julio de 2021 (Sección 8ª), con especial relación a la posibilidad de que nuestros órganos judiciales adopten medidas cautelares *inaudita parte* y previas a la ejecución de un laudo arbitral extranjero estando pendiente su reconocimiento ante el Tribunal Superior de Justicia.

Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, medidas cautelares accesorias de un arbitraje, medidas cautelares previas a la ejecución del laudo extranjero, medidas cautelares *inaudita parte*.

This article aims at analyzing the different procedural issues dealt with in the decision of 7 July 2021, issued by the Provincial Court of Madrid (Section 8), in relation to the possibility that our judicial bodies adopt *ex parte* interim measures prior to the enforcement of a foreign arbitral award pending its recognition before the High Court of Justice of Madrid.

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, provisional measures prior to the enforcement of foreign awards, *ex parte* interim measures.



M.ª Victoria Sánchez Pos

Profesora contratada doctora de Derecho procesal

Universidad de Navarra

I. HECHOS DE LOS QUE TRAE CAUSA LA RESOLUCIÓN

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 214/2021, de 7 de julio de 2021, estima el recurso de apelación interpuesto frente al Auto dictado el día 13 de mayo del mismo año por el Juzgado de

Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Majadahonda en el Procedimiento de Medidas Cautelares Previas n.º 121/2021, cuyo fallo revocaba y dejaba sin efecto la medida cautelar de embargo preventivo acordada por el anterior Auto de 8 de marzo de 2021. A continuación, se resumen los antecedentes fácticos y jurídicos de la resolución de la Audiencia Provincial de la que trae causa este comentario.

La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya dictó laudo arbitral (procedimiento 2012—07) condenando a la República Árabe de Egipto al pago de una indemnización por importe de 43,77 millones de dólares americanos, con un tipo de interés LIBOR compuesto anualmente a 12 meses, más un 2% desde el 19 de febrero de 2000 hasta el momento en que se efectuase el pago.

Ante la falta de cumplimiento de lo resuelto en el laudo arbitral, el demandante de apelación solicitó el reconocimiento del laudo, para su posterior ejecución, en distintos países; en España, este reconocimiento fue instado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. De forma paralela a la tramitación del reconocimiento del laudo, el demandante presentó la solicitud de medidas cautelares previas e *inaudita parte* ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Majadahonda. Esta solicitud fue resuelta por el órgano judicial en su Auto de 8 de marzo de 2021, acordándose el embargo preventivo del tren que conformaba el Primer Lote del Contrato de Fabricación —las medidas solicitadas se relacionan con un Contrato de Fabricación de seis trenes otorgado entre *Egyptian National Railways* y Talgo el día 30 de abril de 2019—, la anotación preventiva del embargo en el Registro de Bienes Muebles y en todos los registros administrativos correspondientes, así como la retención y depósito del tren, con nombramiento de depositario, previa prestación de caución de un millón de euros, debidamente prestada por el solicitante.

El día 23 de marzo de 2021, Talgo SA rechazó el cargo de depositario, manifestando que la entidad contratista en el Contrato de Fabricación de Trenes es Patentes Talgo SLU y que el tren estaba en proceso de fabricación, por lo que las piezas fabricadas hasta el momento eran propiedad de Patentes Talgo SLU, no habiéndose transferido la propiedad a *Egyptian National Railways*. Asimismo, en fecha 30 de marzo de 2021 el Registrador de Bienes Muebles emitió nota de calificación resolviendo no practicar la inscripción del embargo, al no tener el bien embargado los elementos de identificación mínimos para ser susceptible de gravamen hipotecario o pignoraticio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 68 d) de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento.

Como consecuencia de lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Majadahonda emitió el día 13 de mayo de 2021 un Auto resolviendo dejar sin efecto la medida cautelar y acordando el archivo de las actuaciones y la devolución de la fianza prestada por el solicitante. El órgano judicial fundamentó esta decisión en el incumplimiento del principio de pertenencia del bien embargado al ejecutado, por cuanto el tren en fabricación no pertenecería en propiedad a *Egyptian National Railways*, sino a Patentes Talgo S.A.U, así como en la lesión del principio de determinación, entendiendo el jurisdicente que no era posible individualizar el tren objeto de la anotación preventiva de embargo —lo que existían eran seis trenes en proceso de fabricación—, al no estar terminado ni tener número de fabricación o serie, siendo, por ello, un bien

futuro sobre el que no cabe el embargo ni resulta posible su anotación en el Registro de Bienes Muebles.

La parte solicitante de la medida cautelar interpuso recurso de apelación frente a este auto, requiriendo su revocación y el consecuente mantenimiento de lo acordado en el anterior de 8 de marzo de 2021. Los fundamentos en los que se sostiene el escrito de interposición del recurso son los siguientes:

1. vulneración de los arts. 594.1º y 729 LEC de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en lo que sigue, LEC), por haber procedido al levantamiento del embargo sin que haya mediado el trámite procesal oportuno, esto es, la tercería de dominio;
2. vulneración del art. 588 LEC, por encontrarse el Primer Lote perfectamente determinado e identificado, tal y como reconoció primeramente el Juzgado;
3. vulneración de los arts. 267.1º LOPJ, 214.1º LEC y 24.1º CE, por infringir el principio de invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y, consecuentemente, su derecho a la tutela judicial efectiva.

II. DOCTRINA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID EN SU AUTO N.º 214/2021, DE 7 DE JULIO (SECCIÓN 8ª)

El día 7 de julio de 2021 la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió el recurso de apelación interpuesto frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Majadahonda de fecha 13 de marzo 2021, pronunciándose únicamente sobre el tercero de los motivos aducidos en el escrito de interposición —dada su naturaleza procesal—, a saber, la manifiesta violación del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes consagrado en los arts. 18. y 267.1º LOPJ, así como en el art. 214 LEC.

Con base en la asentada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional acerca de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, según la cual, en su manifestación más nuclear, aquellas únicamente pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad los jueces y tribunales entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad, la Audiencia Provincial considera que la medida cautelar consistente en el embargo preventivo y acogida *inaudita parte* en el Auto de 8 de marzo de 2021, en cuanto que resolución frente a la que no cabía recurso *ex art.* 733.2º LEC, debía mantenerse mientras siguiera su curso el trámite de oposición a las medidas previsto en los arts. 739 ss LEC.

Según el relato de los hechos, ni siquiera se había hecho efectiva la notificación prevista en el art. 739 LEC a la parte cautelada al tiempo de dictarse el Auto de 13 de marzo de 2021 revocatorio de la medida cautelar y objeto de la apelación, por lo que, a juicio del Tribunal *ad quem*, en tanto no se formulase oposición, la resolución que adoptaba la medida cautelar era intangible, sin que el Juez pudiera alterarla ni modificarla por su propia decisión, ni siquiera acudiendo a la posibilidad de

modificación de las medidas cautelares contemplada en el art. 743 LEC, en cuanto que la legitimación para su solicitud corresponde exclusivamente al actor y al demandado, y no al Juez.

Consecuencia de todo lo expuesto, según los razonamientos de la Audiencia Provincial, es que si con posterioridad al dictado del Auto que otorga la medida cautelar el órgano jurisdiccional considerase desacertada su resolución, este deberá acudir a los mecanismos de nulidad legalmente previstos o esperar a la impugnación de las medidas que la parte cautelada pueda realizar por el cauce previsto en los arts. 739 ss. LEC, sin que, en ningún caso, esté facultado para reponer, *motu proprio* y fuera de cualquier cauce legal, la decisión ya adoptada.

En definitiva, la actuación del Juzgado de Primera Instancia dejando sin efecto el Auto de 8 de marzo fuera de los cauces señalados provoca, a juicio del órgano de apelación, indefensión material y efectiva a la parte recurrente, que había obtenido una resolución favorable a sus intereses. Consecuentemente, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revocando la resolución apelada.

III. COMENTARIO

1. Cuestiones procesales objeto de análisis

Según viene observándose, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 214/2021, de 7 de julio de 2021, estima el recurso de apelación en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la inmodificabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales. Si bien haremos mención a esta cuestión procesal al cierre de este comentario, nuestro trabajo se centrará principalmente en otras dos cuestiones que subyacen en la resolución de la Audiencia Provincial; a saber, la facultad de nuestros órganos judiciales de adoptar medidas cautelares anteriores a la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuyo necesario reconocimiento previo está pendiente ante el órgano competente, así como los requisitos y procedimiento para que el acogimiento de estas medidas se realice sin prestar audiencia a la parte cautelada. Para llegar a estas materias, ofrecemos, en primer lugar, una panorámica general sobre la regulación en nuestro ordenamiento jurídico procesal de las medidas cautelares instrumentales del arbitraje.

2. Tutela cautelar en el sistema arbitral español

El reconocimiento legal de la posibilidad de acordar medidas cautelares accesorias de un proceso arbitral se produjo en nuestro país con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ni la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, ni la posterior Ley de Arbitraje del año 1988 acogieron la regulación de medidas que garantizaran la efectividad del laudo arbitral condenatorio que pudiera llegar a dictarse, aunque esta última norma sí preveía, en cambio, la facultad de los órganos judiciales de acordar, a instancia de parte, medidas cautelares con posterioridad a la emisión del laudo arbitral cuando frente a él se hubiera ejercitado el entonces denominado recurso de anulación (1). Este déficit de regulación del auxilio cautelar en el arbitraje nos alejaba de las legislaciones nacionales que comenzaban a incorporar los postulados de la Ley Modelo de la UNCITRAL y de los Convenios y Tratados internacionales que España había ratificado, provocándose

entonces un intenso debate doctrinal y jurisprudencial descrito ampliamente en algunos trabajos académicos acerca de la facultad de los órganos judiciales y arbitrales de acordar tales medidas cautelares instrumentales de un arbitraje pendiente a pesar de la falta de autorización legal expresa (2).

El gran impulso de la tutela cautelar en el arbitraje se produciría más de una década después con la promulgación, según decíamos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En lo esencial y dejando a un lado otros aspectos de su regulación sobre los que volveremos más adelante en este comentario, la norma procesal atribuyó en el art. 722 la competencia para la adopción de estas medidas a los órganos judiciales, residenciando en ellos las funciones declarativa y ejecutiva de las medidas.

Tres años después, una de las mayores novedades de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo que sigue, LA) fue la atribución de la facultad de acordar medidas cautelares a los propios árbitros. Con esta regulación, contenida en el art. 23 LA, y siguiendo vigentes los postulados del art. 722 LEC, España instauraba, tal y como expresamente señaló la norma arbitral en su Exposición de Motivos, el sistema de competencia alternativa y concurrente de los árbitros y de los órganos judiciales en materia cautelar. A este reconocimiento se sumaba la previsión del art. 11 LA, según el cual el convenio arbitral no impide a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas, siguiendo el modelo establecido, en primer lugar, por la Convención de Ginebra de 1927 y, ulteriormente, por la Ley Modelo de la UNCITRAL. De este modo, la regulación española se armonizaba con buena parte de las legislaciones estatales y con la práctica del arbitraje comercial internacional, asegurándose, por un lado, la efectividad de la medida cuando exista el riesgo de incumplimiento que obligue a proceder a su ejecución o cuando la medida afecte a terceros que no sean parte del convenio y no estén, en consecuencia, sometidos a la jurisdicción de los árbitros y, por otro lado, haciendo posible la adopción de medidas cautelares con anterioridad al inicio del arbitraje y con carácter previo a la constitución del tribunal arbitral por razones de urgencia (3), aunque esta limitación ya ha sido hace tiempo abordada por las instituciones arbitrales con la previsión de la figura del árbitro de emergencia (4).

3. adopción judicial de medidas cautelares pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero

Expuestas, aún de forma sumaria, las coordinadas normativas de la tutela cautelar en nuestro sistema arbitral, procede comentar la primera de las cuestiones objeto de este análisis, a saber, la adopción por nuestros órganos judiciales de medidas cautelares previas que aseguren la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuyo reconocimiento —previo a la ejecución— ha sido instado en nuestro país y se encuentra pendiente ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de conformidad con las normas de competencia fijadas en los arts. 73 LOPJ y 8 LA.

La autora se pregunta acerca de facultad de nuestros tribunales de ordenar medidas cautelares que aseguren la eventual ejecución de

este laudo pendiente de reconocimiento, tomando en consideración que una de las características inherentes a cualquier medida cautelar es su instrumentalidad respecto del proceso principal

No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que debamos discutir la competencia concurrente en materia cautelar entre los órganos judiciales y arbitrales, ni son extrapolables a este asunto los aspectos ciertamente discutidos de la regulación de las medidas cautelares accesorias de arbitrajes pendientes en el extranjero o de la eficacia que puedan tener en nuestro país eventuales medidas cautelares adoptadas en procedimientos arbitrales desarrollados fuera de nuestras fronteras (5). No se nos presenta, en definitiva, un arbitraje —interno, internacional o extranjero— a iniciar que conduzca al debate sobre las medidas cautelares *ante litem* y los requisitos para su adopción (las medidas solicitadas son previas a la ejecución del laudo, no anteriores al inicio del arbitraje), ni estamos ante un procedimiento arbitral pendiente que nos permita argumentar sobre la conveniencia o necesidad de solicitar las medidas en sede judicial o arbitral. El supuesto de hecho nos sitúa, en cambio, ante un arbitraje extranjero finalizado con la emisión del laudo arbitral de condena cuyo cumplimiento pretende hacerse efectivo en España en virtud del procedimiento de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, sobre Cooperación Jurídica Internacional, siempre con sujeción a lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958 y a la norma procesal civil, de conformidad con lo establecido en el art. 46 LA.

En este escenario, nos planteamos la facultad de nuestros tribunales de ordenar medidas cautelares que aseguren la eventual ejecución de este laudo pendiente de reconocimiento, tomando en consideración que una de las características inherentes a cualquier medida cautelar es su instrumentalidad respecto del proceso principal. Nuestra ley procesal así lo establece en su art. 726 cuando señala que «la medida debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente». De este carácter instrumental se infieren las notas de temporalidad, provisionalidad y variabilidad predicables de toda medida (art. 726.2º LEC).

Pues bien, esta cuestión ha de ser resuelta en sentido favorable atendiendo a algunos pronunciamientos, ya lejanos, de nuestro Tribunal Supremo tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los supuestos resueltos por el Alto Tribunal se discutía, como cuestión principal, el órgano en quien debía recaer la competencia para conocer de las medidas cautelares solicitadas tras la presentación de la demanda de ejecución de laudo extranjero ante el Tribunal Supremo —téngase en cuenta que, al tiempo de emitirse estas resoluciones, seguía vigente el procedimiento regulado en los arts. 951 ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y que aún no había sido promulgada la Ley de Arbitraje de 2003—, dándose por supuesta, en todas las resoluciones que se pronuncian sobre esta cuestión, la viabilidad de estas medidas cautelares.

Con carácter general, corresponde adoptar las medidas cautelares al tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si no se hubiese iniciado el proceso, al que sea competente para

conocer de la demanda principal. El art. 724 LEC, por su parte, determina la competencia en los casos en los que esté pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, así como cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, dejando a salvo en este último caso lo dispuesto en los Tratados Internacionales. En todos estos supuestos será competente para resolver sobre las medidas cautelares el tribunal del lugar donde el laudo o la sentencia extranjera deba ser ejecutada, y, en su defecto, del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Estas normas de competencia son acordes con la nota de accesoriadad propia de las medidas cautelares a que hemos hecho referencia en un momento anterior; sin embargo, tienen difícil encaje con el procedimiento de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Según dispuso en esta línea el Tribunal Supremo en su auto de 9 de octubre de 2001, «las reglas atributivas de competencia están en función de las diferentes instancias y fases del proceso, incluidos los recursos extraordinarios, por lo que resultan de difícil aplicación a un procedimiento como el regulado en los arts. 951 ss. LEC 1881, respecto del que se ha puesto incesantemente de manifiesto su carácter especial, meramente homologador y no enteramente contencioso, y del que se ha precisado que, no obstante su carácter declarativo, o declarativo—constitutivo, se encuentra a medio camino entre los procedimientos de esta naturaleza y los de ejecución propiamente dicha. En la construcción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el procedimiento de execuátur, con esa configuración, no tiene más que una instancia, correspondiendo su conocimiento a esta Sala —con las excepciones introducidas por los Convenios Internacionales, cada vez más numerosas—, por razones que se explican desde una perspectiva puramente histórica, y basadas en último término en argumentos que entroncan con el ejercicio del poder soberano del Estado encarnado en el más alto órgano jurisdiccional de la Nación. En realidad, ni siquiera en las más modernas construcciones del procedimiento de execuátur, traídas por los recientes instrumentos internacionales sobre la materia y por la normativa comunitaria, se puede hablar con propiedad de instancias procesales, entendidas estas rectamente como las sucesivas fases del proceso que permiten el completo examen, con plena jurisdicción, de la controversia, también de forma sucesiva y, en su caso, por diferentes órganos jurisdiccionales. Y tampoco se puede identificar la solicitud de medidas cautelares en el procedimiento de execuátur con la efectuada durante la pendencia de un proceso arbitral o de un proceso extranjero, o tras haber recaído en este la decisión sin haberse promovido en España su reconocimiento o declaración de ejecutoriedad, habida cuenta de la autonomía que también de forma insistente se predica del trámite de homologación frente al proceso en que se dicta la resolución por reconocer».

El Alto tribunal optó por atribuir la competencia para adoptar las medidas cautelares en el curso de un procedimiento de execuátur a los órganos judiciales del lugar donde la resolución extranjera debiera ser ejecutada o, en su defecto, del lugar donde las medidas cautelares debieran producir su eficacia (6), cubriendo la laguna normativa entonces existente, y reconociendo, a los efectos que nos interesa destacar, la posibilidad de adoptar medidas cautelares previas que aseguren la eventual ejecución de un laudo extranjero pendiente de reconocimiento (7).

4. Adopción *inaudita parte* de las medidas cautelares

Como regla general, en cumplimiento de la garantía constitucional de audiencia que informa los procesos la Ley de Enjuiciamiento Civil supedita la adopción de toda medida cautelar a la previa

audiencia del demandado (art. 733.1). No obstante, el art. 733.2 LEC permite excepcionar este trámite cuando el solicitante de la medida así lo inste al órgano judicial, debiendo a tal efecto acreditar la concurrencia de razones de urgencia o justificar en qué medida la audiencia puede comprometer el buen fin de la medida, asociándose este requisito con eventuales comportamientos del demandado que pongan en peligro la utilidad o eficacia de aquella (8) .

Respecto del primero de los presupuestos, esto es, las razones de urgencia que permiten diferir la audiencia a la parte demandada, es reiterada la jurisprudencia que aboga por su desvinculación del presupuesto del *periculum in mora* que ha de concurrir para el acogimiento de toda medida cautelar , así como de las razones de urgencia o necesidad que justifican la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda conforme al art. 730.2 LEC (9) . Si bien la identificación del requisito de la urgencia específica en el que se asienta una medida cautelar *ex parte* como un riesgo diferente y cualificado en la demora procesal es recurrente no solo en nuestra jurisprudencia, sino también en parte de la doctrina (10) , hay autores que abogan por su estrecha conexión con la urgencia que ha de demostrarse en orden a la petición de la tutela cautelar sin haberse formalizado demanda (11) . En esta dirección, el AAP Madrid 9 de marzo de 2012 señaló que el requisito temporal del art. 730.2 LEC no puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares previsto en el art. 728 LEC, pues, de operarse esa confusión o identificación, la solicitud de medidas cautelares con carácter previo quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del art. 730.2 LEC resultaría vaciado de significado. Y, en línea con esta argumentación, el AAP Asturias 13 junio 2002 Auto de la Audiencia Provincial de Asturias 7ª 13 junio 2002 había establecido previamente que la urgencia específica que justifica la limitación y postergación del derecho fundamental de alegación, audiencia y defensa, viene referida a un riesgo cualificado y grave, acreditado y cierto, que lleve al juzgador a apreciar que la sola adopción de dichas medidas protegerá los derechos subjetivos invocados, en cuanto la no adopción de las mismas producirá un perjuicio o insatisfacción definitiva de las acciones del solicitante. En definitiva, un *quantum* del peligro superior del que ya de por sí sería suficiente para la adopción de una cautela, esto es, el que viene a configurar el presupuesto del *periculum in mora*.

Sí coincide nuestra doctrina y jurisprudencia en que no basta al solicitante de la medida cautelar *ex parte* con la mera alegación de las razones de urgencia o el riesgo de ineffectividad de la medida, sino que es necesario que estas circunstancias se acrediten, debiendo desplegarse una mínima actividad probatoria para demostrar que hay una serie de datos que indiciariamente permiten justificar la necesidad de adoptar aquella medida sin audiencia previa (12) . Ello supone, pues, que la solicitud inicial deberá hacer mención expresa de las razones específicas que justifican la exclusión de la audiencia previa del demandado, circunstancias cuya acreditación deberá ser controlada por el órgano judicial en los términos que exponemos continuación.

Con carácter general, se ha considerado que el juicio acerca de la urgencia o el peligro de ineffectividad de las medidas es necesariamente previo al examen de los requisitos generales de adopción de toda medida (13) , de ahí que la Ley de Enjuiciamiento Civil exija que el tribunal razone por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y los motivos que aconsejan acordarla sin prestar audiencia al demandado (art. 733). La adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* son

concebidas, en consecuencia, como una modalidad procedimental; si el órgano judicial no considera justificado el requisito de la especial urgencia, su decisión no será la de valorar y discernir sobre la concurrencia del resto de requisitos, puesto que ello podría suponer rechazar la petición por cuestiones de fondo en este momento inicial, sino que, de forma motivada, deberá acordar seguir los trámites ordinarios, esto es, convocar a las partes a la oportuna vista. Se trata, además, de una decisión que opera, según criterio de la jurisprudencia y de la doctrina (14), de manera automática una vez rechazada la petición inicial por entenderse que no concurren las razones de urgencia, pues la solicitud fundamental de la parte es la adopción de la medida cautelar y su admisión ha de hacerse, como regla general, previa audiencia de la persona frente a la que se solicita.

En definitiva, la reconducción a la norma general de la previa audiencia al demandado en caso de no admitirse la petición inicial *inaudita parte* se produce de oficio por el Juez, pues esta no cualifica la solicitud, sino que opera como mero requisito accesorio. En caso contrario, esto es, de entender el órgano judicial que se han acreditado los motivos que permiten admitir las medidas *ex parte*, su decisión, a diferencia del auto que acuerda las medidas con audiencia del demandado, no es recurrible, sino que se deberá estar al trámite de la oposición recogido en los arts. 739 ss LEC.

Es precisamente en este punto donde se produce, a juicio de la Audiencia Provincial, la quiebra del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE que conlleva la revocación del Auto de 13 de marzo de 2021. Según avanzábamos en un momento anterior, existe una muy profusa doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, consecuencia tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3º CE) como del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE), es un derecho que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales al margen de los recursos o cauces taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que su decisión no se ajusta a la legalidad (15). Ciertamente, siguiendo los postulados de nuestra ley procesal, una vez adoptada la medida cautelar por el Juzgado de Primera Instancia, este debió dar traslado a la parte cautelada con el objeto de discutir la pertinencia de la medida. Así, conforme a lo establecido en los arts. 739 y 740 LEC, la parte demandada podría en este trámite de oposición haber esgrimido cuantos hechos y razones se opusieran a la procedencia, requisitos, alcance y tipo de la medida acordada, sin limitación alguna. Sin embargo, no habiéndose dado trámite para la oposición a la medida cautelar adoptada *inaudita parte* el propio Juzgado de Primera Instancia dictó, de oficio, el Auto de 13 de marzo de 2021 revocatorio de aquella, por lo que asiste la razón a la Audiencia Provincial cuando considera lesionado el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales. Otros cauces procesales que hubieran permitido al órgano judicial revocar la medida cautelar más allá del señalado trámite de oposición a la medida cautelar y una vez hubiera tenido conocimiento de su adopción la parte afectada hubieran sido los previstos en el art. 743 LEC, que propicia, a instancia de parte, la modificación de las medidas acordadas cuando puedan alegarse hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas; la tercería de dominio (arts. 594 y 729 LEC); y, en su caso, la denuncia de la nulidad del embargo una vez trabado este (arts. 588 y 609 LEC).

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Cizur Menor, Thomson—Civitas, 2005.
- CUCARELLA GALIANA, LL. A., «Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente», *Tribunales de Justicia*, n.º 3, 1997.
- DÍEZ—PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario al art. 733», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.Á., «Comentario al art. 23», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (González Soria, J., coord.), Cizur Menor, Thomson Reuters—Aranzadi, 2011 .
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007 .
- FONT SERRA, E., «La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho español», *Justicia*, 1989.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., «Comentario al art. 733», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Toribios Fuente, F., dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters 2014.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008.
- MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010.
- MEDRANO SÁNCHEZ, J.I., «Comentario al art. 733», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir. Marín Castán, F.), Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., «Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española», *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 2, 2001.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «Comentario al art. 722», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. CORDÓN MORENO, F. y otros), Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2001.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006.
- PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier 2012.
- PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, L., «Una nueva regulación del Arbitraje», *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, Edersa, 1964.

VALLÉS GAMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil* (Coord. M. A. Fernández-Ballesteros), Barcelona, Iurgum, 2000

(1)

Cf., por todos, E. Font Serra, «La nueva configuración del Arbitraje en el Derecho español», *Justicia*, 1989, pp. 380—381.

[Ver Texto](#)

(2)

Vid.. LL. A. Cucarella Galiana, «Medidas cautelares previas al laudo arbitral: una revisión de la Jurisprudencia reciente», *Tribunales de Justicia*, n.º 3—1997; S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, pp. 130 a 138; R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 258—266 y N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 36—48. Incluso bajo la vigencia de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, L. Prieto Castro y Ferrándiz, «Una nueva regulación del Arbitraje», *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid Edersa, 1964, p. 484, señalaba: «la nueva ley no ha considerado necesario aludir a una materia de mucha importancia: las medidas cautelares. Por las actividades ejecutivas que las mismas pueden necesitar y por constituir una inmisión en el patrimonio o en la libertad dispositiva del sujeto, se excluye que los árbitros puedan disponerlas. Pero, facultando para ellas al juez público competente (por analogía), y con la necesaria adaptación de las normas que existen, a los compromitentes se les debe reconocer el derecho a las mismas.

[Ver Texto](#)

(3) Sobre el régimen de competencia compartida, vid.. S. Martins, S. y Navarro, «Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales», *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. 7, n.º 1, pp. 103 y 104 y R. Lapiedra Alcamí, *Medidas Cautelares...*, *op. cit.*, p. 283.

[Ver Texto](#)

(4) Sobre la institución del árbitro de emergencia puede consultarse, E. Fernández Masía, «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, así como y nuestro anterior trabajo: V. Sánchez Pos, «Del Juez al árbitro de emergencia: el impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, n.º. 2, pp. 403 a 442.

[Ver Texto](#)

(5) Diversos análisis sobre estas cuestiones ofrecen J. C. Fernández Rozas, «Arbitraje y Justicia Cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007; Ll. Muñoz Sabaté, «Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española», *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 2, 2001, Edersa; V. Magro Servet, «¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 510—2001; G. Ormazabal Sánchez, «Comentario al art. 722»,

Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (coord. F. Cerdón Moreno), Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2011, pp. 748 y 749; J. C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006, p. 79 y N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares...*, op. cit., pp.174 y 175.

[Ver Texto](#)

- (6) Señalaba al respecto el Tribunal Supremo: «Por encima de los evidentes inconvenientes que presenta la disociación de las competencias para resolver sobre el execuátur y para decidir sobre tales medidas, especialmente patentes a la hora de efectuar un juicio de valor sobre la apariencia de buen derecho — que, rectamente, ha de proyectarse sobre la procedencia de la homologación—, y teniéndose presente que los mismos inconvenientes surgen cuando se trata de decidir sobre medidas cautelares estando en curso un procedimiento en el extranjero, se alzan los motivos que abogan por la solución propuesta, que es más respetuosa con la especial naturaleza y el específico objeto del proceso de reconocimiento, y que, además, se ve avalada por razones de diferente signo: en primer lugar, porque respeta también el carácter y la esencia de las funciones encomendadas a este Tribunal, así como el propio carácter de éste, que en el diseño actual de competencias no se quiere como órgano de instancia; en segundo lugar, porque se anticipa a la legalidad por venir y al sistema y régimen procedimental que se destina al execuátur; en tercer lugar, porque se sitúa la competencia en quien finalmente se encargará de la ejecución de la decisión extranjera (cf. art. 958 LEC 1881), lo que redundará en una mayor eficacia y en una mayor economía procesal; en cuarto lugar, porque se abren al solicitante los medios de recurso contra la resolución que decida sobre las medidas pretendidas (arts. 735 y 736 LEC), lo cual supone adoptar una interpretación de la legalidad favorable a la mayor efectividad de la tutela judicial y, en particular, al derecho a acceder al sistema de recurso legalmente establecido, por lo que, en consecuencia, resulta más adecuada en términos de garantías constitucionales; en quinto lugar, se evita adoptar una solución diferente a la que corresponde en los casos en que se encuentra pendiente un proceso en el extranjero, o, que, habiendo recaído sentencia en éste, no se ha instado aún el reconocimiento en España de sus efectos, tratándose de supuestos que presentan una notoria similitud con la solicitud de medidas en el procedimiento de execuátur; y en sexto lugar, porque es la solución a la que lleva una aplicación también analógica de otras normas, como sucede con el art. 50 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, que, al regular el recurso de anulación —que participa de caracteres, en su objeto y finalidad, propios de un mecanismo de homologación—, establece que la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo, no obstante corresponder a la Audiencia Provincial la competencia para conocer del recurso».

[Ver Texto](#)

- (7) En el mismo sentido, ATS Civ 1ª 27 noviembre 2001 y ATS Civ 1ª 29 enero 2002.

[Ver Texto](#)

- (8) Cf. J.F. Vallés Gambau, *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil* (Coord. M.A. Fernández-Ballesteros), Barcelona, Iurgum, 2000, p. 3331 y V. Pérez Daudí, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier 2012, p. 163.

[Ver Texto](#)

(9) En la misma dirección, *cf.* AAP Girona 1ª 26 de julio 2011, AAP Baleares 3ª 9 julio 2001 y AAP Barcelona 15ª 9 febrero 2009.

[Ver Texto](#)

(10) Por ejemplo, A. Gutiérrez Barrenengoa, «Comentario al art. 733», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Toribios Fuente, dir.), Thomson Reuters 2014, quien considera que, en el contexto del sistema, esta circunstancia presupone una urgencia cualificada —no la ordinaria o propia de toda medida cautelar—, de tal modo que, si no se tutela el derecho de inmediato, se produciría su insatisfacción definitiva e irreversible, aunque la sentencia definitiva fuera estimatoria de la pretensión.

[Ver Texto](#)

(11) Así, para J.I. Medrano Sánchez, «Comentario al art. 733», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Marín Castán, dir.), Tirant lo Blanch 2015, p. 3220, ambas tienen el común denominador de que no cabe espera alguna, pues el tiempo que conlleva la preparación de la demanda, que es lo que justifica la cautelar *ante litem*, o el que conlleva la audiencia al demandado, resulta incompatible con la finalidad y, sobre todo, con la efectividad de la medida cautelar. En definitiva, que una espera en esas condiciones pueda generar la frustración de la tutela. Lo que se quiere resaltar cuando se advierte de esa cualificación de la mora procesal, prosigue el mismo autor, es que la misma no solo debe justificar una petición *ante litem*, sino también que se haga, aunque sea en el proceso ya iniciado, pero ahora, por razón de la misma urgencia, sin posible espera a la audiencia al demandado, so pena de arriesgar poniendo en juego la efectividad futura del derecho definitivo.

[Ver Texto](#)

(12) *Cf.*, por todos, AAP Girona 1ª 26 de julio 2011 y AAP Baleares 3ª 9 julio 2001. Entre la doctrina, *cf.* I. Medrano Sánchez, «Comentario al art. 733», *Comentarios...*, *op. cit.*, 3219, G. Ormazabal Sánchez, «Comentario al art. 733», *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 801.

[Ver Texto](#)

(13) AAP Barcelona 15ª 9 febrero 2009.

[Ver Texto](#)

(14) *Cf.*, por todos, AAP Sevilla 5ª 19 diciembre 2016. En la doctrina, *cf.* I. Díez-Picazo Giménez, «Comentario al art. 733», *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1245 y J. C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 217.

[Ver Texto](#)

(15) Por todas, *cf.* STC 1ª 11 octubre 1999.

[Ver Texto](#)

El Tribunal de Justicia cierra el círculo tras confirmar la inaplicabilidad del arbitraje de inversiones del Tratado sobre la Carta de la Energía en los litigios intra-UE: análisis crítico de la decisión en el asunto República de Moldavia / Komstroy (STJ 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19)

The Court of Justice Comes full Circle After Confirming the Inapplicability of Energy Charter Treaty Investment Arbitration in intra-EU Disputes: A Critical Analysis of the Decision in the *Republic of Moldova v Komstroyngoleños* Case (ECJ 2 September 2021, Case C-741 /19)

La decisión del Tribunal de Justicia (TJ) en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* ha venido a confirmar que la conclusión alcanzada en la decisión *Achmea* también se aplica al arbitraje de inversiones intra-UE del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). TJ ha declarado que el art. 26.2º.c) del TCE, donde se recoge la opción 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. No obstante, la decisión del TJ resulta cuestionable en varios puntos: por una parte, las cuestiones prejudiciales sometidas al TJ no requerían resolver la cuestión de la compatibilidad del arbitraje intra-UE. Por otra parte, la adaptación de los argumentos empleados en *Achmea* a las particularidades del TCE no ha sido de todo satisfactoria. En cualquier caso, se trata de una decisión importante, que ratifica el final del arbitraje de inversión intra-UE.

República de Moldavia / Komstroy, arbitraje de inversiones, Tribunal de Justicia (TJ), Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE).

The decision of the Court of Justice (CJ) in the Republic of Moldova / Komstroy case has confirmed that the conclusion reached in the *Achmea* decision also applies to intra-EU investment arbitration under the Energy Charter Treaty (ECT). The ECJ has stated that Art. 26(2)(c) ECT, which contains the option to arbitration, must be interpreted as not applying to disputes between a Member State and an investor of another Member State. However, the Court's decision is questionable on several points: on the one hand, the questions referred to the CJ for a preliminary ruling did not require the question of the compatibility of intra-EU arbitration to be resolved. On the other hand, the adaptation of the arguments used in *Achmea* to the particularities of the ECT was not entirely satisfactory. In any case, this is an important decision, which ratifies the end of intra-EU investment arbitration.

Republic of Moldova / Komstroy, investment arbitration, Court of Justice (CJ), Energy Charter Treaty (ECT).



Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga

Profesor Agregado de Derecho internacional público

I. INTRODUCCIÓN: DE *ACHMEA* A *KOMSTROY*

1. Cuando el Tribunal de Justicia (TJ) dictó su sentencia sobre el asunto *Achmea*, afirmando la incompatibilidad del arbitraje inversor-Estado previsto en el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) de los Países Bajos y Eslovaquia con el Derecho de la Unión (2), vino a anunciar el final del arbitraje entre los inversores de la Unión y los Estados miembros y, desde un perspectiva más en general, condenaba el futuro de los cerca de los doscientos APPRI que vinculaban entre sí a los Estados miembros (intra-UE). Es cierto que la sentencia *Achmea* podía haber sido interpretada dotándola de un alcance más limitado, sin llegar a extender automáticamente su conclusión a todas las disposiciones de arreglo de diferencias inversor-Estado contenidas en los APPRI intra-UE, atendiendo a la redacción particular de cada una de estas disposiciones. Sin embargo, tanto la Comisión como la mayoría de los Estados miembros no dudaron, primero, en aplicar la conclusión de *Achmea* a la totalidad de los APPRI intra-UE (3) y, segundo, en impulsar la terminación de los APPRI intra-UE, con la firma y posterior entrada vigor 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 (4).

2. Pero la decisión *Achmea* no ofrecía una respuesta clara a una interrogante importante, la referente a la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE derivado del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) (5). Las características singulares del TCE en comparación con los APPRI dificultaban extender, sin más precisiones, la conclusión del TJ al arbitraje intra-UE del TCE. El carácter multilateral del acuerdo, la participación como partes en el tratado de terceros Estados ajenos a la UE y la condición de parte de la propia UE junto a todos los Estados miembros, excepto Italia (6), constituían, sin duda, motivo suficiente para reclamar un análisis adicional en aras a valorar si estas características podían alterar la conclusión alcanzada en *Achmea*. Siendo cierto que la Comisión y la mayoría de los Estados miembros no dudaron en extender el razonamiento del TJ en el asunto *Achmea* al arbitraje intra-UE del TCE (7), también lo es que de las palabras del TJ podía llegar a inferirse la idea contraria. Así es, el TJ guardó silencio respecto a la compatibilidad del arbitraje del TCE; sin embargo, para apoyar su conclusión, TJ consideró relevante el hecho de que la posibilidad de someter las controversias a arbitraje estuviera establecida «por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros» (8). Además, el abogado general M. Wathelet, en sus conclusiones, sobre esta cuestión concreta, señalaba que la actitud que habían mostrado hasta entonces las instituciones de la UE y los Estados miembros frente al TCE ponía de manifiesto que «no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad» (9). Por último, la práctica arbitral post-*Achmea* también ha rechazado sistemáticamente extender la conclusión de *Achmea* al arbitraje derivado del TCE (10).

3. Pues bien, la decisión del TJ en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* viene a cerrar el círculo abierto en *Achmea*, al declarar que el art. 26.2º.c) del TCE —el que prevé la opción de someter las disputas entre un inversor de un Estado parte y otro Estado parte a 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» (11). El TJ ha hecho extensible la argumentación de *Achmea* al TCE, considerando, a tales efectos, irrelevantes las particularidades previamente señaladas.

No obstante, la importancia de esta conclusión no esconde las dudas que provoca la decisión del TJ, tanto en cuanto a la oportunidad e idoneidad de pronunciarse sobre esta cuestión, como respecto de algunos de los argumentos empleados para alcanzar dicha conclusión.

4. El asunto *República de Moldavia / Komstroy* tiene su origen en un arbitraje *ad hoc* con sede en París, desarrollado conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI, y constituido en el marco de la oferta arbitral contenida en el TCE, entre *Energoliance Ltd.* (inversor de nacionalidad ucraniana) y la República de Moldavia. Mediante laudo de 23 de octubre de 2013, el tribunal arbitral decidió imponer el pago de una indemnización a favor del inversor por ciertas actuaciones de la República de Moldavia que el para el tribunal constituían una violación del TCE (12). No obstante, la decisión del tribunal arbitral se adoptó por mayoría de sus integrantes. El presidente del tribunal, en su opinión disidente, mostraba su desacuerdo por el hecho de que el tribunal se hubiera declarado competente, dado que, a su modo de ver, el concepto de inversión del TCE no abarcaba la reclamación que sustentaba la demanda, relativa al pago de una deuda derivada de un contrato de compraventa de electricidad (13).

Tras el laudo, la República de Moldavia interpuso una acción de anulación ante los tribunales franceses, de conformidad con el art. 1520 del Código de Procedimiento Civil francés, cuestionando la competencia del tribunal arbitral. Después de una decisión de la *Cour d'appel* de París recurrida por *Komstroy* (subrogada en la posición de *Energolians*) y anulada por la *Cour de cassation* —justamente por entender que la primera había interpretado el concepto de inversión añadiendo un requisito que el TCE no recogía— el asunto se somete nuevamente a la *Cour d'appel* para que, con una composición distinta, resuelva la acción de anulación. Es en este momento cuando el tribunal de apelación de París decide remitir al TJUE tres cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación del concepto de inversión del TCE y, señaladamente, para aclarar si un crédito derivado de un contrato de compraventa de electricidad que no ha implicado ninguna aportación por parte del inversor en el Estado receptor puede constituir una inversión en el sentido del art. 6.1º TCE (14).

5. Uno de los aspectos que, a primera vista, más llama la atención es que el TJ, para pronunciarse sobre la compatibilidad del arbitraje intra-UE derivado del TCE, ha aprovechado la ocasión abierta por un asunto relativo a un inversor y un Estado ajenos a la UE y donde ninguna de las cuestiones prejudiciales hace referencia al problema del arbitraje intra-UE. La sorpresa es mayor cuando se observa que el TJ tenía ante sí al menos dos buenas oportunidades para tratar el problema de la aplicación intra-UE del art. 26.2º.c) del TCE. En primer lugar, la *Svea Hovrätt* (Suecia), en el marco de una acción de anulación relativa a un laudo dictado en un arbitraje entre inversores de Dinamarca y Luxemburgo, por una parte, y el Estado italiano, por otra, había remitido al TJ la solicitud de una decisión prejudicial, justamente, preguntando por la posibilidad de aplicar el art. 26 TCE a las

controversias intra-UE y, en caso de ser así, para aclarar si el Derecho de la Unión se opone al arbitraje de inversiones intra-UE (15) . Tras la decisión *Komstroy*, y una vez consultado al tribunal de apelaciones sueco remitente de las cuestiones prejudiciales, el TJ ha dictado auto mediante el que ha eliminado el asunto de su registro (16) . En segundo lugar, la solicitud de dictamen dirigida al TJUE por Bélgica para que este analice la compatibilidad del proyecto de TCE modernizado con el ordenamiento jurídico de la Unión, de forma particular con el art. 19 del TUE y el art. 344 del TFUE, ofrecía, al TJ un escenario más propicio que *República de Moldavia / Komstroy* para tratar esta cuestión (17) . Sin embargo, todo parece indicar que el TJ ha querido aprovechar la primera oportunidad que se le ha presentado, para, de este modo, actuar con cierta urgencia sobre la variada problemática que están planteando, actualmente, los numerosos asuntos arbitrales y laudos intra-UE relativos al TCE en el contexto de la UE, puesto de manifiesto, por ejemplo, en los asuntos españoles relativos a las renovables (18) .

II. LA FORZADA JUSTIFICACIÓN DEL TJ PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA DISPOSICIÓN RELATIVA AL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO DEL TCE A LAS CONTROVERSIAS INTRA-UE

6. Las tres cuestiones prejudiciales que plantea el tribunal parisino se refieren a la interpretación del concepto de inversión del TCE, en el marco de una controversia en la que tanto el inversor como el Estado implicado son ajenos a la UE. A partir de este punto, el TJ necesita argumentar y justificar la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación o no aplicación del art. 26.2º.c) TCE al arbitraje de inversiones intra-UE.

Para ello, como primer paso, el TJ debe afirmar su competencia, en virtud del art. 267 TFUE, para responder con carácter prejudicial a cuestiones relativas a la interpretación del TCE. En opinión del TJ dicha competencia existe porque, según su jurisprudencia anterior (19) , se trata de un acuerdo internacional celebrado de conformidad con los arts. 217 y 218 TFUE, un acto adoptado por una de sus instituciones y, por tanto, de una norma que a partir de su entrada en vigor forma parte integrante del Derecho de la Unión (20) . Asimismo, el TJ precisa que el hecho de que el TCE sea un Tratado mixto no altera esta conclusión (21) .

No obstante, tanto el abogado general como el propio TJ reconocen la importancia que tiene el hecho de que en el presente caso tanto el inversor (de nacionalidad ucraniana) como el Estado parte en la diferencia (República de Moldavia) sean ajenos a la Unión. En este sentido, el TJ es claro al señalar que «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», como sucede cuando la disputa enfrenta a un inversor de un tercer Estado con otro tercer Estado (22) .

Sin embargo, según el propio TJ, existen situaciones en las que el Tribunal puede entrar a interpretar un acuerdo internacional en el marco de un litigio no comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Para ello, por una parte, la cuestión prejudicial debe referirse a la interpretación de una disposición de un tratado internacional susceptible de aplicarse tanto a situaciones regidas por

el ordenamiento jurídico de la UE como a situaciones no regidas por este y, por otra parte, debe existir «un interés manifiesto de la Unión» en que esta disposición reciba una interpretación uniforme, de forma que se eviten futuras divergencia de interpretación (23) .

7. Llegados a este punto, ante la necesidad de probar que las disposiciones del TCE en cuestión también pueden resultar aplicables en situaciones regidas por el Derecho de la Unión, el TJ adopta una posición que se aleja del enfoque propuesto por el abogado general en sus conclusiones; un cambio de perspectiva que resulta clave para el análisis de la sentencia, tal y como se tratará de poner de manifiesto en el presente trabajo, en la medida en que le permite al TJ evitar pronunciarse sobre cuestiones complejas, pero que al mismo tiempo abre debates que tampoco son fáciles de resolver.

En opinión del abogado general (24) , las «situaciones internas» en las que las disposiciones del TCE podrían ser aplicables serían aquellas diferencias que enfrentan a un inversor de un Estados miembro con otro Estado miembro (disputas intra-UE). Por tanto, en la lógica del abogado general, para decidir si el TJ tiene competencia para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas, este debe previamente dilucidar, por un lado, si la disposición del TCE relativa al arbitraje inversor-Estado se aplica también a las disputas intra-UE y, por otro, si las disposiciones materiales del TCE también son de aplicación entre los Estados miembros (25) . A su modo de ver, estas comprobaciones permitirían decidir si existe un interés de la Unión en la interpretación uniforme de las disposiciones del TCE y, por tanto, si el TJ tiene competencia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal de París (26) . Este enfoque del problema que plantea el abogado general le conduce a instar al TJ a que aproveche la oportunidad para analizar las implicaciones de la sentencia *Achmea* sobre la aplicabilidad del art. 26 TCE (27) .

Sin embargo, el desarrollo argumental posterior del abogado general abre la vía para realizar, al menos, dos serias críticas al enfoque propuesto.

En primer lugar, el abogado general parece contradecirse en la aludida necesidad de resolver la cuestión de la operatividad del arbitraje de inversiones intra-UE para decidir sobre la existencia del interés de la Unión en la interpretación uniforme del TCE. Ello es así, porque, tras analizar en profundidad la extensión de las conclusiones alcanzadas en la sentencia *Achmea* al arbitraje intra-UE del TCE, y concluir que el art. 26.2º.c) del TCE no se aplica a las controversias intra-UE, el TJ señala que, en cualquier caso, un inversor de un Estado miembro podrá demandar a otro Estado miembro en el marco del art. 26 TCE ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro (28) . En definitiva, el problema de la competencia del TJ para responder las cuestiones prejudiciales planteadas no requería necesariamente resolver la cuestión del arbitraje de inversiones intra-UE del TCE (29) .

En segundo lugar, por el contrario, la cuestión de la aplicación *inter se* de las disposiciones materiales del TCE resulta pertinente y necesario resolver, tanto si la disputa ha sido sometida a arbitraje como si lo ha sido a los tribunales internos de un Estado miembro. En este sentido, llama la atención el contraste en el empeño y en los esfuerzos dedicados, así como en cuanto a la actitud mostrada frente al problema del arbitraje de inversiones intra-UE y al problema de la aplicación *inter se* de las disposiciones materiales. Si bien en cuanto al primero el abogado general entra a analizarlo

en profundidad hasta llegar a la conclusión de que el arbitraje del art. 26 TCE no se aplica a controversias intra-UE, respecto del segundo el abogado general adopta una posición dubitativa y superficial, evitando profundizar y, por consiguiente, sin entrar realmente a analizar ni a decidir si las disposiciones sustantivas se aplican o no en situaciones internas. Sobre esta última cuestión el abogado general, afirma que no cree que sea posible «en el marco del presente asunto, y de manera puramente teórica, responder con seguridad a esta cuestión. (...) [E]llo supondría realizar un análisis in abstracto y exhaustivo de todos los solapamientos que podrían producirse entre el Derecho de la Unión y el TCE» (30); a lo que añade: «me parece poco juicioso llevar a cabo ese análisis en el marco del examen de la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales y en el contexto del presente asunto» (31). Tras ello, cierra la cuestión sin adoptar realmente una decisión sobre la misma, afirmando que «no cabe ni excluir ni admitir con certeza la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones materiales del TCE, incluido el artículo 1, punto 6, del mismo» (32). Y, sin embargo, ello le permite concluir que, por tanto, «ha de presuponerse que esas disposiciones pueden ser aplicadas en el ordenamiento jurídico de la Unión» (33).

En definitiva, el abogado general decide sobre una cuestión que no resulta necesario resolver (la aplicación del art. 26.2º.c) a las controversias intra-UE) y evita decidir sobre otra que sí lo es (la aplicación de las disposiciones materiales a situaciones internas).

8. Pues bien, si la justificación del abogado general, para pronunciarse sobre la aplicación del arbitraje del art. 26.2º.c) TCE a controversia intra-UE, no resulta excesivamente convincente, la del TJ se antoja aún menos satisfactoria.

Previamente se ha señalado que el TJ ha optado por un enfoque distinto al propuesto por el abogado general en relación con los «asuntos internos» que pueden dar lugar a la aplicación del TCE, es decir, con la identificación de aquellos «asuntos comprendidos en el ámbito del Derecho de la Unión». Así, por una parte, el TJ entiende que «un litigio relativo a una controversia entre un operador de un tercer Estado y un Estado miembro» constituye un «asunto directamente comprendido en el ámbito del Derecho de la UE», y que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede verse obligado a interpretar las disposiciones del TCE, bien en el marco de un recurso de anulación de un laudo dictado por un tribunal arbitral con sede en el territorio de ese Estado miembro, bien cuando la demanda se presente directamente ante los tribunales internos de ese Estado miembro en virtud del art. 26.2º.a) del TCE.

«Por otra parte y en cualquier caso», en opinión del TJ, la elección de París como sede del arbitraje, tiene como consecuencia la elección de la ley francesa como *lex fori* y, por tanto, en la medida en que el Derecho de la Unión es parte integrante del Derecho francés, el órgano jurisdiccional que conoce del recurso de anulación tiene la obligación de garantizar su respeto de conformidad con el art. 19 TUE (34).

El TJ analiza la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE del

TCE con el Derecho de la Unión, siguiendo la línea argumental trazada en su día en la sentencia *Achmea*

Esta doble motivación dirigida a determinar la existencia de ese interés manifiesto de la Unión en la interpretación uniforme de las previsiones del TCE, puede ser una justificación válida para sostener la competencia del TJ respecto de las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la disputa entre *Komstroy* y la República de Moldavia. Sin embargo, el hecho de que el TJ haya prescindido en su argumentación de las controversias intra-UE (entre inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro) para recurrir a las controversias entre un inversor de un tercer Estado y un Estado miembro como asuntos comprendidos en el ámbito del Derecho de la Unión, provoca varias reflexiones. En primer lugar, la adopción de esta perspectiva permite al TJ evitar entrar en un debate que, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente en relación con las conclusiones del abogado general, puede ser especialmente complejo: la aplicación *inter se* (entre inversores de Estados miembros y otros Estados miembros) de las disposiciones materiales del TCE; en este sentido, supone una maniobra hábil por parte del TJ no mencionar las situaciones puramente internas. Sin embargo, en segundo lugar, este enfoque alimenta nuevos debates, y especialmente el siguiente, que por ahora simplemente lo mencionaré: si las controversias entre inversores de terceros Estados y los Estados miembros se consideran comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión ¿debería el art. 344 TFUE, tal y como ha sido interpretado por el TJ en el asunto *Achmea*, aplicarse también al arbitraje previsto en los APPRI que vinculan a los Estados miembros con terceros países? Y sobre todo, en tercer lugar, desde esta perspectiva resulta francamente difícil justificar el interés y la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del art. 26.2º.c) TCE a las controversias intra-UE. En este sentido, el TJ observa que para responder la cuestión relativa a la interpretación del concepto de inversión de los arts. 6.1º y 26.1º TCE «procede, antes de nada (...) 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 artículo 26 del TCE» (35); y continúa señalando que «si bien el hecho de que la controversia de que se trata en el litigio principal (...) oponga a un operador de un tercer Estado a otro tercer Estado no excluye (...) 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» (36). Toda una concatenación de ideas que solo se explica desde la posición de un tribunal que tiene decidido de antemano donde quiere llegar; al punto donde se le abre la puerta para pronunciarse sobre la aplicación del art. 26.2º.c) a las controversias intra-UE, a sabiendas de que la conclusión que pueda adoptar sobre esta cuestión será irrelevante para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

III. LA EXTENSIÓN DEL RAZONAMIENTO ACHMEA AL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRA-UE DEL TCE CON LAS ADAPTACIONES NECESARIAS

9. Una vez abierta la puerta para entrar a valorar la compatibilidad del arbitraje intra-UE en el marco del TCE, el TJ comienza señalando, en alusión a jurisprudencia previa y sin aparentes novedades

respecto a esta, que un tratado 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» (37) . Este principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, estaría reconocido, de forma particular, en el art. 344 TFUE, en virtud del cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados de la Unión a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos (38) . Sobre esta base, el TJ comienza a analizar la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE del TCE con el Derecho de la Unión, siguiendo la línea argumental trazada en su día en la sentencia *Achmea*.

10. En primer lugar, el TJ procede a comprobar si las controversias sometidas a los arbitrajes intra-UE del TCE pueden tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la UE. El TJ entiende que sí. Sin embargo, la decisión del TJ se aleja del razonamiento empleado en el asunto *Achmea* (39) y también del argüido por el propio abogado general en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* (40) . En el caso *Achmea* y en las conclusiones del abogado general, los argumentos se centran en la interpretación de las previsiones que regulan el Derecho aplicable a las controversias arbitrales, el art. 8.6 del APPRI celebrado entre Países Bajos y Eslovaquia (41) y el art 26.6º del TCE (42) , respectivamente, y de cuyas redacciones cabe inferir la aplicación del Derecho de la Unión, bien como parte del Derecho interno de un Estado miembro, bien como parte de las normas y principios del Derecho internacional. Por su parte, el TJ en el asunto *República de Moldavia / Komstroy* recurre a un argumento distinto al considerar que el propio TCE es un acto del Derecho de la Unión y, por tanto, cuando el art. 26.6º TCE dispone que los litigios se resolverán «con arreglo *al presente Tratado* y a las normas del Derecho Internacional aplicables» (43) el TJ deduce que los tribunales arbitrales deben interpretar, e incluso aplicar, el Derecho de la Unión (44) . De esta manera, el TJ evita entrar a interpretar el sentido y alcance de la expresión «normas del Derecho Internacional aplicables», que, si se atiende a la práctica arbitral, ha demostrado no ser del todo pacífica (45) .

11. En segundo lugar, el TJ entiende que el tribunal arbitral constituido conforme al TCE no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y, por tanto, este no puede recurrir a la vía prejudicial del art. 267 TFUE, circunstancia que en caso de darse salvaría el problema de compatibilidad del mecanismo arbitral. En este sentido, no se aparta de la sentencia *Achmea* al señalar que la jurisdicción de este tribunal arbitral tiene carácter excepcional , aunque esta vez añade una novedad a su razonamiento: el TJ pone de relieve que si el tribunal arbitral formara parte del sistema jurisdiccional de un Estado parte en el TCE, estaría comprendido en los órganos jurisdiccionales mencionados en el art. 26.2º a) TCE y, de esta forma, el art. 26.2º.c) TCE «perdería todo efecto útil» (46) ; se trata, sin duda, de una apreciación interesante.

12. En tercer lugar, el TJ debe comprobar si el laudo de un tribunal arbitral derivado del TCE está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro; este control debería servir para asegurar el pleno respeto del Derecho de la UE, de manera que fuera posible someter al TJ, a través de la remisión prejudicial, las cuestiones relativas al ordenamiento jurídico de la Unión que, en su caso, tuviera que tratar el tribunal arbitral (47) . El TJ considera que el Derecho francés solo permite un control limitado del laudo y, en consecuencia, no garantiza la plena eficacia del Derecho de la

Unión. Además, tal y como señaló en su decisión *Achmea*, no son extrapolables al arbitraje de inversiones los motivos que justifican que el control sea un control limitado en el arbitraje comercial (48).

13. De todo lo anterior el TJ deduce que a través de la celebración del TCE, la UE y los Estados miembros habrían establecido un mecanismo de resolución de diferencias que no garantiza la plena eficacia del Derecho de la Unión. Y llegado a este punto, el TJ da continuidad al razonamiento empleado en *Achmea*, en lo que son los párrafos más oscuros y menos convincentes de la sentencia.

El tribunal comienza recordando lo reiterado en su jurisprudencia previa: que los acuerdos internacionales que prevén la creación de órganos jurisdiccionales facultados para interpretar sus propias disposiciones y dictar decisiones que vinculen a las instituciones de la Unión, incluido al TJUE, no son, en principio, incompatibles con el Derecho de la UE. Para el TJ, «la competencia de la UE 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» (49). Tras lo cual, el TJ precisa: «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» (50).

Para el TJ, el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar el arbitraje en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean parte en el tratado

Este párrafo constituye una novedad respecto a la decisión *Achmea*. Pero no resulta fácil comprender —quizás porque no se explica— cuáles son las razones que llevan al tribunal a rechazar que la Unión pueda celebrar acuerdos internacionales (con terceros países) donde se prevea la competencia de un órgano jurisdiccional externo para resolver todas las controversias relativas a la aplicación e interpretación del propio acuerdo, incluyendo las que tengan lugar entre los Estados miembros, en caso de que el acuerdo sea de aplicación en las relaciones *inter se*. Además, este párrafo, aunque pretenda aparentar lo contrario, se aleja de la lógica argumental que siguió *Achmea*; en este último caso, tras afirmar la competencia de la Unión para celebrar tratados que incorporan mecanismos de arreglo de diferencias externos al sistema jurisdiccional de la Unión facultados para realizar interpretaciones vinculantes de las disposiciones del propio tratado, el TJ precisaba, por una parte, que el tribunal arbitral creado en virtud del art. 8 del APPRI de Países Bajos y Eslovaquia podía referirse a litigios que tuvieran por objeto la interpretación «tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión» (lo que supone diferenciar los litigios relativos al propio tratado y los relativos

al Derecho de la UE) y, por otra, que la opción de someter esas controversias a arbitraje del APPRI se encontraba establecida «por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros» (lo que supone dar relevancia al hecho de quien participa en la creación de ese órgano jurisdiccional ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión sea la propia UE) (51). En este sentido, da la casualidad de que en el caso del arbitraje derivado del TCE, por un lado, los litigios se refieren a la interpretación de tratado mismo por el que se establece el tribunal arbitral (el TCE) y, por otro, la UE también es parte en el TCE (por tanto, a diferencia de un APPRI intra-UE, se trata un acuerdo que es resultado de la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales). En definitiva, dos rasgos que parecían relevantes en *Achmea* y que en *República de Moldavia / Komstroy* dejan de serlo sin mayor explicación (52). Finalmente, el TJ en su decisión *República de Moldavia / Komstroy* en ningún momento valora el hecho de que el art. 344 TFUE, cuando establece el compromiso de 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, solo se refiera a los Estados miembros, y no a la propia UE.

IV. LA COMPATIBILIDAD DEL ARBITRAJE ENTRE UN INVERSOR DE UN ESTADO NO MIEMBRO DE LA UNIÓN Y UN ESTADO MIEMBRO EN EL MARCO DEL TCE

14. Tras la extensa argumentación dedicada al arbitraje de inversiones intra-UE en el marco del TCE, el TJ termina afirmando lo siguiente: «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» (53).

Por tanto, para el TJ, el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar el arbitraje en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean parte en el tratado (54). Medio párrafo y ninguna argumentación le han bastado al TJ para resolver a favor de la compatibilidad del arbitraje entre un Estado miembro e inversores de Estados no miembros de la Unión. Resulta llamativa la poca atención dedicada, cuando el TJ ha justificado su competencia para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'assation* de París en este tipo de disputas, que, dicho sea de paso, han sido consideradas como «asuntos directamente comprendidos en el ámbito del Derecho de la Unión». Si, tal y como viene insistiendo el TJ, someter las controversias relativas a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión socava la autonomía de este Derecho, y si las controversias entre un Estado miembro y un inversor de un tercer Estado entran dentro del ámbito del Derecho de la UE, sería deseable que el TJ hiciera un mayor esfuerzo en explicar los motivos por los cuáles este tipo de arbitraje debe ser considerado compatible con el ordenamiento jurídico de la Unión. La decisión del TJ de alejarse de la propuesta del abogado general, para centrarse en las disputas *extra-UE* exigía, en mi opinión, una mayor atención por parte del Tribunal sobre este tipo de litigios, y no tanto, sobre las controversias intra-UE; porque al tiempo que el TJ evitaba entrar en la problemática de la aplicación intra-UE de las disposiciones materiales del TCE prescindiendo de las disputas intra-UE, había abierto un nuevo debate, esta vez, sobre la compatibilidad del arbitraje

extra-UE del TCE con el Derecho de la Unión.

Después de *República de Moldavia / Komstroy* el arbitraje entre inversores de los Estados miembros y otros Estados miembros tiene sus días contados en la UE, pues con esta decisión se ha desmantelado la última reserva importante del arbitraje de inversiones intra-UE

15. En este sentido, si, tal y como ha señalado el TJ, el art. 26 del TCE no se aplica al arbitraje intra-UE, la similitud entre el TCE y los acuerdos que, en materia de inversiones extranjeras, la UE está celebrando con terceros Estados tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es evidente. Dicho lo cual, resulta sorprendente el contraste entre el medio párrafo mencionado y la profundidad del análisis llevado a cabo por este mismo tribunal en su Dictamen 1/17 relativo a la compatibilidad del mecanismo de arreglo de diferencias entre inversores y Estados contenido en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) (55).

No cabe olvidar que en este Dictamen, el TJ consideró necesario cerciorarse de que los tribunales inversor-Estado del CETA no atribúan ninguna competencia de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones del CETA a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las partes. El TJ declaró la compatibilidad del mecanismo previsto en el CETA tras un análisis exhaustivo del art. 8.31º del CETA (derecho aplicable e interpretación). En este art. 8.31º CETA se introdujeron numerosas precauciones para salvar la compatibilidad del nuevo mecanismo, aspectos que el TJ tuvo muy en cuenta a la hora de emitir su dictamen (56). Así, el art. 8.31º CETA, por ejemplo, recoge que el tribunal no será competente para establecer la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del CETA, de conformidad con el Derecho interno de una parte, señalando, además, que para determinar la compatibilidad de una medida con el CETA, el tribunal podrá tener en cuenta el Derecho interno de una parte como un elemento de hecho. En tal caso, se establece que este tribunal deberá seguir la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de esa parte; y se precisa que cualquier sentido que el tribunal pueda dar al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de esa parte.

En este sentido, el art. 26.6º TCE, donde se prevé que los litigios se resolverán «con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables» ¿superaría el umbral señalado? Hay espacio, al menos, para una duda razonable (57).

V. CONCLUSIONES FINALES

16. La primera conclusión que se extrae del asunto *República de Moldavia / Komstroy* es que el TJ tenía prisa por pronunciarse sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE en el

marco del TCE. Solo así se explica la insistencia del Tribunal en aprovechar una controversia vinculada a la UE únicamente por la sede del arbitraje y que ofrecía una más que dudosa justificación para tratar el tema del arbitraje intra-UE, teniendo en cuenta que el TJ contaba con otras dos oportunidades que le iban a brindar una ocasión inmejorable para tratar esta cuestión.

17. Como segunda conclusión, una de las principales claves para entender e interpretar la sentencia se refiere a la decisión del TJ de considerar como asuntos directamente comprendidos en el ámbito del Derecho de la Unión los litigios entre un Estado miembro e inversores de Estados no miembros pero parte en el TCE. Esta decisión le ha permitido al TJ evitar entrar en una problemática especialmente compleja: la aplicación de las disposiciones sustantivas del TCE en las relaciones intra-UE, cuestión que podría ser necesario resolver incluso habiendo previamente declarado la incompatibilidad del arbitraje intra-UE, en la medida en que esas diferencias podrían ser sometidas a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Esa decisión, no obstante, dibuja un nuevo escenario donde resulta muy difícil justificar que el TJ haya entrado a valorar la aplicación del art. 26.2.c) a las disputas intra-UE, habida cuenta de que esa decisión se convierte en irrelevante en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas. En este escenario, además, surge una nueva pregunta, relativa a la compatibilidad del arbitraje entre inversores de terceros Estados y un Estado miembro. Una pregunta que, quizás, el TJ consideraba no problemática, evidenciado en el medio párrafo dedicado a la misma, porque hasta el momento no ha habido un cuestionamiento serio de los arbitrajes previstos en los APPRI *extra-UE* de los Estados miembros —Reglamento n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2012. Sin embargo, se ha tratado de mostrar que el enfoque adoptado por el TJ planteaba algunas dudas que merecían un análisis más detenido, en la línea del Dictamen 1/17 del TJ.

18. Tercera y última conclusión: después de *República de Moldavia / Komstroy* el arbitraje entre inversores de los Estados miembros y otros Estados miembros tiene sus días contados en la UE. Con esta decisión se ha desmantelado la última reserva importante del arbitraje de inversiones intra-UE. La decisión del TJ tendrá un impacto práctico indudable sobre los numerosos asuntos sometidos a arbitraje del TCE, especialmente, en el marco de las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en procedimientos relativos a acciones de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos, o en las decisiones que pueda adoptar la Comisión en el ámbito de las ayudas de Estado cuando un inversor pretenda ejecutar un laudo que impone el pago de una indemnización a favor del inversor. Y a pesar de que los tribunales arbitrales, al igual que tras la adopción de la sentencia *Achmea*, puedan mostrar una actitud reacia frente a la sentencia *República de Moldavia / Komstroy*, tal y como parecen anunciar las primeras decisiones adoptadas por estos tribunales (58), y aunque estos laudos puedan tener ciertas probabilidades de ejecución en terceros Estados, lo cierto es que, de cara al futuro, la opción del arbitraje en los litigios de inversión intra-UE ha dejado de ser una opción mínimamente atractiva para los inversores.

BIBLIOGRAFÍA

BEDOYA F. Y J. TARJUELO POZO, «La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de

inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n.º 9, octubre-diciembre 2021.

CHARLOTIN, D.: «ICSID tribunal regrets clash between fundamental norms of EU law and ECT arbitration, but dismisses Spain's request to reopen intra-EU issue in view of Komstroy decision», *Investment Arbitration Reporter*, 7 de diciembre de 2021.

ECKES C. Y L. ANKERSMIT, «Komstroy: the beginning of the end for the Energy Charter Treaty?», *European Law Blog, News and comments on EU law*, 4 octubre, 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/2021/10/04/komstroy-the-beginning-of-the-end-for-the-energy-charter-treaty/>] (última consulta: 22/02/2022).

FERMEGLIA, M. y A. MISTURA: «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en [<https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/>] (última consulta: 22/02/2022).

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.

GAILLARD, E. : «L'affaire Achmea ou les conflits de logiques», *Rev. crit. dr. int. pr.*, julio-septiembre 2018, pp. 616-630.

GIL NIEVAS, R.: «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)», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 9, octubre-diciembre 2021.

HAPPOLD, M.: «Belgium asks European Court of Justice to opine on compatibility of Energy Charter Treaty's investor-State arbitration provisions with EU law», *EJIL:Talk!*, 8 de diciembre 2020, disponible en [<https://www.ejiltalk.org/belgium-asks-european-court-of-justice-to-opine-on-compatibility-of-energy-charter-treatys-investor-state-arbitration-provisions-with-eu-law/>] (última consulta: 22/02/2022).

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.

LAVRANOS, N., «Is the Court of Justice of the EU the Ultimate Judge of the ECT?». *Kluwer Arbitration Blog*, april 9, 2021, disponible en [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/09/is-the-court-of-justice-of-the-eu-the-ultimate-judge-of-the-ect/>];] (última consulta: 22/02/2022)

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, págs. 223-265.

ODERMATT, J.: «Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order», *European Papers*, vol. 6, n.º 3, 2021, pp. 1255-1268.

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*, núm.42/2019.

SCHACHERER, S.: «The uncertain future of the Energy Charter Treaty: Belgium asks the European Court of Justice to rule on the compatibility of the modernized ECT with EU law», *Investment Treaty News*, 23 de marzo 2021.

SCHEU, J. Y P. NIKOLOV, «AG Szpunar's Opinion in Case C-741/19: Preparing the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty?», *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mayo, 2021, disponible en [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/25/ag-szpunars-opinion-in-case-c-741-19-preparing-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty/>];] (última consulta: 22/02/2022).

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.

SZCZESNIAK A. y A. ZANOWSKA: «New Agreement Between EU Member States: Is This the (Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en [<https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/>];] (última consulta: 22/02/2022).

TROPPER, J.: «From Achmea to Komstroy: The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty», *Völkerrechtsblog*, septiembre de 2021, disponible en [<https://voelkerrechtsblog.org/from-achmea-to-komstroy/>];] (última consulta: 22/02/2022)

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), del proyecto de investigación «Persona, empresa y derechos humanos en una sociedad globalizada» financiado por la UPV/EHU y del proyecto de investigación DER2015-65486-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.
- Ver Texto
- (2) TJ declaró que los arts. 267 y 344 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un APPRI intra-UE, como el art. 8 del APPRI entre Países Bajos y Eslovaquia, «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». STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284 /16, EU:C:2018:158. Sobre esta sentencia *vid.*: X. Fernández Pons, «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 46, 2018, pp. 1-49. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *LA LEY Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23. 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
- (3) En cuanto a la posición de la Comisión *vid.* la 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. Respecto a la posición de la mayoría de los Estados miembros: 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. 1, disponible en [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en;] (última consulta: 22/02/2022).
- Ver Texto
- (4) El tratado ha sido adoptado por 23 de los Estados miembros de la UE, DO L 169 de 29.5.2020, p. 1/41, y se encuentra en vigor desde el 29 de agosto de 2020, DO L 281 de 28.8.2020, p. 1/1. *Vid.* M. Fermeglia, A. Mistura «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en [<https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/>] (última consulta: 22/02/2022). A. Szczesniak y A. Zanowska, «New Agreement Between EU Member States: Is This the (Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en [<https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/>] (última consulta: 22/02/2022).
- Ver Texto
- (5) La importancia de la cuestión de la compatibilidad del arbitraje de inversiones intra-UE del TCE es

evidente tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Cabe destacar que a 1 de diciembre de 2021, más de la mitad de los 145 casos arbitrales iniciados sobre la base del TCE se refieren a disputas intra-UE.

[Ver Texto](#)

- (6) Junto a 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](#)

- (7) 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. 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.

[Ver Texto](#)

- (8) STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 58. E. Gaillard, «L'affaire Achmea ou les conflits de logiques», *Rev. crit. dr. int. pr.*, julio-septiembre 2018, p. 629.

[Ver Texto](#)

- (9) Conclusiones del abogado general Wathelet de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2017:699, punto 43.

[Ver Texto](#)

- (10) Por ejemplo, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/14/1, laudo, de 16 de mayo de 2018, ap. 682; *Vattenfall c. Alemania*, Caso CIADI n.º ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, aps. 164-165; *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n.º ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 168-169.

[Ver Texto](#)

- (11) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 66. Con una argumentación, en parte, disinta, el abogado general Szpunar en sus conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, punto 89, había llegado a la misma conclusión: «De todo lo anterior se desprende que el mecanismo de solución de controversias previsto en el art. 26 del TCE es, desde mi punto de vista, incompatible con el Derecho de la Unión, en la medida en que permite a un tribunal arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, interpretar o aplicar el Derecho de la Unión en el marco de un litigio entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado

miembro, y pone en peligro, por esa razón, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros y la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, vulnerando, al mismo tiempo, la autonomía del Derecho de la Unión. En esa medida, el artículo 26 del TCE no resulta aplicable en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión». *Vid.* J. Odermatt, «Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order», *European Papers*, vol. 6, n.º 3, 2021, pp. 1255-1268; R. Gil Nievas, «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)», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 9, octubre-diciembre 2021. F. Bedoya y J. Tarjuelo Pozo, «La posición del Tribunal de Justicia frente al arbitraje de inversión y la reacción a la misma de los tribunales arbitrales internacionales», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 9, octubre-diciembre 2021.

Ver Texto

(12) *Energoalians TOB v. Republic of Moldova*, UNCITRAL, laudo, de 23 de octubre de 2013, disponible en [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10494.pdf>] (última consulta: 22/02/2022).

Ver Texto

(13) Opinión disidente del árbitro D. Pellet en el asunto *Energoalians TOB v. Republic of Moldova*, UNCITRAL, de 25 de octubre de 2013, disponible en [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10495.pdf>] (última consulta: 22/02/2022).

Ver Texto

(14) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 20.

Ver Texto

(15) Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea Hovrätt (Suecia) el 10 de marzo de 2021 — *República Italiana / Athena Investments A/S (antigua Greentech Energy Systems A/S)*, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, NovEnergia II Italian Portfolio SA (Asunto C-155/21), DO C 206/19 de 31.5.2021.

Ver Texto

(16) Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2021, *Republiken Italien contra Athena Investments A/S y otros*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea Hovrätt, asunto C-155/21, EU:C:2021:1032.

Ver Texto

(17) Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11 (Dictamen C-1/20), DO C 53/18 de 15.2.2021. *Vid.* M. Happold, «Belgium asks European Court of Justice to opine on compatibility of Energy Charter Treaty's investor-State arbitration provisions with EU law», *EJIL:Talk!*, 8 de diciembre 2020 disponible en [<https://www.ejiltalk.org/belgium-asks-european-court-of-justice-to-opine-on-compatibility-of-energy-charter-treatys-investor-state-arbitration-provisions/>]

with-eu-law/>] (última consulta: 22/02/2022); S. Schacherer, «The uncertain future of the Energy Charter Treaty: Belgium asks the European Court of Justice to rule on the compatibility of the modernized ECT with EU law», *Investment Treaty News*, 23 de marzo 2021.

[Ver Texto](#)

(18) Son numerosas, en torno a las cincuenta, las controversias derivadas de los recortes aplicados a las renovables en España, litigios que se fundamentan en las disposiciones del TCE y que en la gran mayoría de los casos enfrantan a España con inversores de otros Estados miembros. *Vid.*, 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. José Martín y Pérez de Nanclares), 2014, págs. 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*, nº 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](#)

(19) STJ 30 de abril de 1974, *Haegeman*, asunto C-181/73, EU:C:1974:41, aps. 3-6; STJ 8 de marzo de 2011, *Lesoochránárske zoskupenie*, asunto C-240/09, EU:C:2011:125, ap. 30, y STJ 22 de noviembre de 2017, *Aebtri*, asunto C-224/16, EU:C:2017:880, ap. 50.

[Ver Texto](#)

(20) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 22-23. En el mismo sentido, conclusiones del abogado general, Szpunar presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, puntos 28-29.

[Ver Texto](#)

(21) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 24. En el mismo sentido, conclusiones del abogado general Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, punto 37.

[Ver Texto](#)

(22) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 28.

[Ver Texto](#)

(23) *Ibid.*, aps. 29. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, STJ 17 de julio de 1997, *Giloy/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, asunto C-130/95, ap. 28; STJ de 16 de junio de 1998, *Hermès International/FHT Marketing*

Choice, asunto C-53/96, ap. 32.

Ver Texto

(24) Una visión crítica de las conclusiones de abogado general lo encontramos en N. Lavranos, «Is the Court of Justice of the EU the Ultimate Judge of the ECT?». *Kluwer Arbitration Blog*, april 9, 2021, disponible en [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/09/is-the-court-of-justice-of-the-eu-the-ultimate-judge-of-the-ect/>];] (última consulta: 22/02/2022).

Ver Texto

(25) Conclusiones del abogado general Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, puntos 46-49.

Ver Texto

(26) *Ibid.*, punto 50.

Ver Texto

(27) *Ibid.*, punto 48.

Ver Texto

(28) *Ibid.*, punto 90.

Ver Texto

(29) En este sentido, Scheu, J. y P. Nikolov, «AG Szpunar's Opinion in Case C-741/19: Preparing the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty?», *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mayo, 2021, sostienen: «*The notion of investment is therefore independent from the ISDS mechanism. Consequently, as far as the compatibility between Art. 26 ECT and EU law is concerned (paras. 46-90), the opinion's findings are beyond the scope of the preliminary ruling procedure and were made obiter dictum. The CJEU is therefore not competent to rule in that regard.*».

Ver Texto

(30) Conclusiones del abogado general Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, punto 95.

Ver Texto

(31) *Ibid.*, punto 95.

Ver Texto

(32) *Ibid.*, punto 97.

Ver Texto

(33) *Ibid.*.

[Ver Texto](#)

(34) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 32-34.

[Ver Texto](#)

(35) *Ibid.*, ap. 40.

[Ver Texto](#)

(36)
Ibid., ap. 41.

[Ver Texto](#)

(37) *Ibid.*, ap. 42.

[Ver Texto](#)

(38) *Ibid.*, ap. 42.

[Ver Texto](#)

(39) STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, aps. 41 y 42.

[Ver Texto](#)

(40) Conclusiones del abogado general Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia*, C-741/19, EU:C:2021:164, punto 75.

[Ver Texto](#)

(41) El art. 8.6º APPRI Países Bajos / Eslovaquia establece: «El tribunal arbitral resolverá con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta, en particular, pero no exclusivamente: el Derecho en vigor de la Parte contratante afectada; las disposiciones del presente Tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes; las disposiciones de tratados especiales relativos a la inversión; los principios generales del Derecho internacional».

[Ver Texto](#)

(42) El art. 26.6º TCE dispone: «En virtud del apartado 4 se creará un Tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables».

[Ver Texto](#)

(43) Énfasis añadido.

[Ver Texto](#)

(44) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, aps. 49-50.

[Ver Texto](#)

(45) Algunos tribunales arbitrales han entendido que esta expresión abarca el Derecho de la Unión, como es el caso de *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI n.º ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, de 30 de noviembre de 2012, ap. 4.1195; *Blusun c. Italia*, Caso CIADI n.º ARB/14/3, laudo, de 27 de diciembre de 2016, ap. 278; *Antin Infrastructure Services Luxembourg y Antin Energia Termosolar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/13/31, laudo, de 15 de junio de 2018, aptos. 158-160; *Belenergia c. Italia*, Caso CIADI n.º ARB/15/40, laudo, de 6 de agosto de 2019, aps. 290 y 292. Otros tribunales arbitrales, por el contrario, han considerado que esta expresión no abarca el Derecho de la Unión: *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. c. España*, Caso CIADI n.º ARB/16/18, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre el *quantum*, de 13 de septiembre de 2021, ap. 493; *Greentech Energy Systems c. Italia*, arbitraje SCC n.º V (2015/095), laudo final, de 23 de diciembre de 2018, ap. 397; *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI n.º ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 de mayo de 2019, aps. 114-123.

[Ver Texto](#)

(46) STJ 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 52.

[Ver Texto](#)

(47) *Ibid.*, ap. 54.

[Ver Texto](#)

(48) *Ibid.*, aps. 56-59.

[Ver Texto](#)

(49) *Ibid.*, ap. 61.

[Ver Texto](#)

(50) *Ibid.*, ap. 62.

[Ver Texto](#)

(51) STJ 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 58.

[Ver Texto](#)

(52) Las conclusiones del abogado general en este punto resultan igualmente insatisfactorias. *Vid.*, en particular los puntos 81-83 de la conclusiones del Abogado General M. Szpunar, presentadas el 3 de

marzo de 2021, Asunto C-741/19, *República de Moldavia / Komstroy*, EU:C:2021:164.

Ver Texto

(53) STJ 2 de septiembre de 2021, República de Moldavia, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, ap. 65.

Ver Texto

(54) *Vid.* J. Tropper, «From Achmea to Komstroy: The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty», *Völkerrechtsblog*, septiembre de 2021, disponible en [<https://voelkerrechtsblog.org/from-achmea-to-komstroy/>] (última consulta: 22/02/2022); C. Eckes y L. Ankersmit, «Komstroy: the beginning of the end for the Energy Charter Treaty?», *European Law Blog, News and comments on EU law*, 4 octubre, 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/2021/10/04/komstroy-the-beginning-of-the-end-for-the-energy-charter-treaty/>] (última consulta: 22/02/2022).

Ver Texto

(55) Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341.

Ver Texto

(56) *Ibid.*, aps. 120-136.

Ver Texto

(57) C. Eckes y L. Ankersmit, «Komstroy: the beginning...», *loc. cit.*

Ver Texto

(58) Por ejemplo, *Infracapital c. Reino de España*, Caso CIADI n.º ARB/16/18, Decision on Respondent's Request for Reconsideration Regarding the Intra-EU Objection and the Merits, de 1 de febrero de 2022; *Cavalum SGPS, S.A. c. Reino de España*, Caso CIADI n.º ARB/15/34, Decision on the Kingdom of Spain's Request for Reconsideration, de 10 enero de 2022; *Mathias Kruck and others c. Reino de España*, Caso CIADI n.º ARB/15/23, Decision Dismissing the Respondent's Request for Reconsideration of the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility, de 6 de diciembre de 2021. *Vid.* D. Charlotin, «ICSID tribunal regrets clash between fundamental norms of EU law and ECT arbitration, but dismisses Spain's request to reopen intra-EU issue in view of Komstroy decision», *Investment Arbitration Reporter*, 7 de diciembre de 2021.

Ver Texto

A vueltas con la decisión del juez sobre el fondo del laudo y del procedimiento arbitral

Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de octubre de 2021

The judge's decision on the merits of the award and of the arbitration proceedings is a matter of dispute (Judgment of the TSJ of Madrid of 22 October 2021)

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado la Sentencia de fecha 22 de octubre de 2021, que no toma en consideración la doctrina emanada de las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se limitan las facultades revisoras del juez encargado de decidir sobre la acción de nulidad del laudo, basada en una supuesta violación del orden público. El presente comentario tiene por objeto mostrar las razones por las que ha de entenderse que la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se aparta de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Arbitraje, Acción de anulación, Doctrina del Tribunal Constitucional, Acción de anulación, Laudo arbitral: motivación, Orden público.

The Superior Court of Justice of Madrid has rendered the Judgment dated 22 October 2021, which does not take into consideration the doctrine issued by the recent Judgments of the Constitutional Court, limiting the review powers of the judge in charge of deciding on the action for annulment of the award, based on an alleged violation of public policy. The purpose of this commentary is to show the reasons why the aforementioned Judgment of the High Court of Justice of Madrid must be understood as not being consistent with the doctrine of the Constitutional Court

Arbitration, Action for annulment, Doctrine of the Constitutional Court, Arbitral award: motivation, Public policy, Annulment of the award.



Francisco G. Prol Pérez

Abogado y árbitro internacional

I. ANTECEDENTES

Después de la euforia desatada por los claros, terminantes y precisos términos con que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto su posición, en relación con la extensión de los poderes del

juez, encargado de decidir sobre las acciones de nulidad del laudo, a la hora de apreciar si existe o no una violación del orden público, que pueda conllevar la anulación del laudo, al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1º.f) de la vigente Ley de Arbitraje, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado la sentencia 66/2021 de 22 de octubre (de aquí en adelante «la Sentencia»), que anula un laudo en base a la interpretación que el TSJM hace (mejor sería decir «viene haciendo» desde 2015) de la extensión de los poderes revisores del juez sobre lo dispuesto en el laudo y que enfría un poco los ánimos de aquellos que pensaban que esta doctrina del TSJM había quedado definitivamente superada.

En efecto, el TC ha dictado recientemente dos sentencias, 46/2020 de 15 de junio y 17/2021 de 15 de febrero (1), que complementadas por otras decisiones posteriores del mismo tribunal (2), han venido a poner punto y final (o, al menos, eso se creía) a la situación creada por la interpretación extensiva de los poderes de revisión del juez, a la hora de decidir si ha habido o no una violación del orden público, que el TSJ de Madrid sostenía desde el año 2015.

A pesar de lo que expresan las Sentencias del TC, el TSJM ha dictado la Sentencia, en la que, con una contumacia digna de mejor causa, sigue aplicando la doctrina que, en punto a los límites de la facultad del juez para revisar las decisiones del árbitro, viene manteniendo desde el año 2015 (lo que ha creado una notable confusión entre los actores del arbitraje español, que, con las Sentencias del TC, habían entendido que la extensión de las facultades antes mencionadas había quedado claramente delimitadas por las decisiones del TC que se comentan en este artículo).

Así, la Sentencia anula parcialmente el laudo emitido el 29 de diciembre de 2020 por un Tribunal Arbitral en el caso *Maxi Mobility Spain, S.L.U. (Cabify) vs. Auro New Transport Concept, S.L.* citando como causal de tal anulación parcial

«... infracción del orden público [art. 41.1º.f) LA] que trae causa de que el error iuris en la selección del Derecho aplicable vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral y lleva aparejado como consecuencia un déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la Unión Europea y de la doctrina del TJUE aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial (3) ».

Parece, pues, claro que el motivo principal para la anulación del laudo es *la infracción del orden público* (art. 41.1º.f) LA) a causa de un *déficit absoluto de motivación*. Como veremos con posterioridad, no es necesario «retorcer» ninguna norma, sólo aplicar la doctrina que emana de las Sentencias del TC, para sostener que no existe, en el laudo que parcialmente se anula, ninguna violación del orden público, entre otras razones, porque el déficit en la motivación no puede considerarse como una violación del orden público.

Sorprende también el hecho que (s.e.u.o. por mi parte) el voto particular de uno de los componentes del Tribunal Arbitral, que emitió el laudo anulado parcialmente, no merezca más comentario que la mera mención de su existencia. Se priva así a los que no hemos tenido la oportunidad de leer el laudo, del conocimiento de sobre qué punto, y en base a qué razones, el árbitro discrepante no concuerda con la decisión tomada por sus compañeros de Tribunal Arbitral.

II. COMENTARIOS A LAS RAZONES EXPUESTAS POR EL TSJM PARA PROCEDER A LA ANULACIÓN PARCIAL

Antes de pasar a comentar las distintas razones evocadas por la Sentencia para decretar la anulación del laudo, parece conveniente evocar un detalle de esta decisión del TSJM, que, quizás, pueda ayudar a comprender el *iter* lógico seguido por este Tribunal, para llegar a la decisión que ahora se estudia.

Me refiero a las escasas menciones que hace la Sentencia de las Sentencias del TC. En efecto (y s.e.u.o. por mi parte), las Sentencias del TC (4) sólo son mencionadas en la Sentencia en las pp. 19 (definición general que el TC da del concepto orden público económico) y 21 (no se concede a las partes el derecho «al acierto» del árbitro). Como vemos, solamente se reseña una definición de carácter general (relacionada con el presente caso y con muchos otros) y una constatación de la posición del TC sobre un tema, que debe de ser considerado como de carácter menor —en relación con la extensión de las facultades del juez para realizar el control del laudo—.

Para el tema nuclear del problema que nos ocupa (qué debe entenderse por orden público a los efectos de que este instituto jurídico pueda ser considerado como una causa de anulación del laudo), la Sentencia acude a la cita de la doctrina de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJM, que, iniciada en el año 2015, sostiene que el control del juez no debe limitarse a ver si aquellos principios generales que tienen el carácter de fundamentales y están protegidos constitucionalmente, sino que puede entrar a conocer del fondo del asunto.

En efecto, la Sentencia (citando la STS 22 de junio del 2009) comienza por reconocer que la intervención judicial en el arbitraje tiene el carácter de control extraordinario, está limitada a determinados supuestos y, a pesar de estas circunstancias limitativas es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) y acaba por destruir el carácter extraordinario de la acción de nulidad, mediante la introducción de un párrafo (prácticamente el mismo desde el año 2015) que dice (5) :

«Ahora bien; una cosa es lo que antecede [se refiere a la aceptación del carácter extraordinario de la acción de nulidad y de la limitación de los motivos que permite su interposición] y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento.» (6).

Esta afirmación es criticada en la misma Sentencia por el Magistrado D. Celso Rodríguez Padrón, autor del voto particular, que consta en la Sentencia, cuando critica la rotundidad con que se expresa el TSJM (7) , al permitir el conocimiento por el juez del fondo del asunto, por entender que la doctrina de este Tribunal relativa a este tema en particular, ha de entenderse superada por lo dispuesto en las Sentencias del TC.

De todo lo anteriormente expuesto en los párrafos anteriores, habría que retener la idea que mientras el TSJM basa su decisión en sus propias sentencias, el Magistrado disidente, D. Celso

Rodríguez Padrón, fundamenta su decisión, no concordante con la de la mayoría, en la doctrina que emana de la reciente jurisprudencia del TC.

Prueba de la atención que el Magistrado disidente presta a las Sentencias del TC, es que, mientras — como hemos visto—el TSJM no hace más que dos menciones, muy sucintas, a las Sentencias del TC, el Sr. Rodríguez Padrón realiza (8) hasta seis citas de las Sentencias del TC y sobre temas mucho más importantes que aquellos a los que se refieren los temas citados por el TSJM.

Queda así pues patente, la diferencia del ángulo con el que se ha encarado el problema de la extensión del control que el juez puede ejercer sobre el laudo, pues el TSJM se basa en la doctrina contenida en sus propias sentencias (doctrina que ha de entenderse superada por lo dispuesto en las Sentencias del TC), mientras que D. Celso Rodríguez Padrón busca la fundamentación de su voto particular en lo establecido por las Sentencias del TC.

Pasemos, pues, a ver cuáles son los argumentos utilizados por la Sentencia para declarar la nulidad del laudo.

1. En primer lugar, el TSJ no acepta (9) la incongruencia del laudo por *extra petitem* causante de indefensión, solicitada por la parte que instó la acción de nulidad . El TSJM considera que si la actora «consideraba que el laudo se había extralimitado por la introducción de oficio de premisas fácticas determinantes del fallo ocasionándole indefensión, tenía a su alcance promover el correspondiente "incidente de rectificación de la extralimitación parcial del laudo" [art. 39.1º.d) LA], y no lo hizo..., por lo que, según reiteradísima jurisprudencia constitucional, la eventual indefensión ocasionada por dicho exceso no tendría relevancia constitucional al ser también imputable a la negligencia de la parte que de ella se queja.» (10)

2. En segundo lugar, los Magistrados que emiten el voto mayoritario en la Sentencia comparten el argumento de la actora de la acción de nulidad cuando ésta dice; «... la motivación empleada por la mayoría del Tribunal Arbitral para concluir que la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado es contraria al art. 1.1º de la Ley de Defensa de la Competencia no solo es errónea y arbitraria, sino que vulnera principios esenciales del Derecho de la Competencia, que son de orden público, lo que es igualmente determinante de la nulidad de los pronunciamientos impugnados por mandato de lo dispuesto en el art. 41.1.e) — sic, rectius, 41.1º.f)—de la LA.» (11)

El TSJM parece aceptar esta idea cuando, al resumir todos sus argumentos anteriores, antes de exponer el fallo, considera infundada la no aplicación del Derecho de la Unión Europea (concretamente el art. 101 TFUE), lo que, su juicio, provoca un déficit de motivación (12) (llegando a calificar dicha motivación como «más aparente que real» y, por tanto, inexistente) y la necesidad de anular el laudo por violación del art. 41.1º.f) LA, al producirse un *error iuris* por parte del Tribunal Arbitral, al no haber aplicado las disposiciones del art. 101 TFUE.

El *iter* lógico seguido por el TSJM, para llegar a la conclusión de que el laudo debe ser anulado (en base al art. 41.1º.f) LA), puede resumirse de la forma siguiente:

i) Lo primero que hace el TSJM es justificar los poderes que, a su juicio, tiene el juez, al revisar la validez del laudo, para entrar a controlar el fondo del asunto y ver si se ha producido una violación del orden público.

Como ya hemos mencionado antes (13) , para justificar esta extensión de los poderes del juez, el TSJM utiliza lo establecido en sus propias sentencias y no presta atención (por lo menos, no la suficiente) a lo dispuesto en las Sentencias del TC (14) .

Así pues, el TSJM se considera autorizado a entrar a conocer de si el art. 101 TFUE debía haber sido aplicado por el Tribunal Arbitral, en lugar de la decisión de este Tribunal Arbitral de aplicar el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia («LDC»), en base a que la Sala de anulación puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Insiste el TSJM en la firmeza de sus convicciones, cuando dice que *«ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado [el de que el juez revisor del laudo no puede entrar en el fondo del asunto] con el debido fundamento.»*

Esta teoría (que el TSJM viene manteniendo de forma continuada desde 2015) ha de entenderse superada por la doctrina que emana de las Sentencias del TC.

Así lo señala con claridad el voto particular de la Sentencia (15) , que, con cita de la Sentencia del TC de 15 de febrero de 2021, entiende que

«... la acción de nulidad no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la resolución 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».

Igualmente, el voto particular niega a la acción de nulidad el carácter de segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo.

Para que se pueda anular un laudo por violación del orden público el TC exige que exista una violación grave de una garantía (procesal) esencial del ordenamiento jurídico, debiéndose entender por tales garantías los principios procesales generales y constitucionalmente protegidos

Podemos pues extraer una primera conclusión, en base a lo expuesto en el presente apartado, el juez que conoce de la acción de nulidad sólo puede revisar el laudo, a los efectos de ver si se ha cometido una violación del orden público, configurando este concepto *«como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal»* (16) y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público.

Parece claro que el mantenimiento por el TSJM de la doctrina antes apuntada, choca frontalmente con la emanada del TC, partidaria de limitar la posibilidad de revisión de las posibles violaciones del orden público a aquellas que pudiesen afectar a los «*principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal*» (17).

El Vicepresidente del TC, D. Juan Antonio Xiol Rios, en una reciente intervención en el «*little open de arbitraje*», celebrado el 24 de noviembre de 2021 (18), ha intentado fijar los criterios (siempre desde un punto de vista general, como corresponde a un concepto tan indeterminado como el de orden público) que pueden ayudarnos a la hora de decidir si estamos o no en presencia de una norma de orden público (al menos en su consideración de causal de anulación). A juicio del Vicepresidente del TC se deben aplicar los siguientes criterios para poder otorgar a una norma dicho carácter:

1. El criterio *sustancial*; de forma que el orden público sólo se podrá predicar de aquellas materias que puedan ser consideradas como especialmente relevantes para la protección de garantías esenciales del ordenamiento jurídico.
2. El criterio *cualitativo*; que nos llevará a comprobar si una infracción, que reviste el carácter de infracción grave, representa una violación de una garantía esencial.
3. El criterio *instrumental* o corrector; para que la infracción contra el orden público pueda ser considerada causa bastante para anular el laudo, será necesario que la infracción sea manifiesta (19), para que no se pueda producir una sustitución del criterio de los árbitros por el del juez.

Como se puede observar, los criterios antes apuntados se corresponden con los principios que laten en las Sentencias del TC, ya que para que se pueda anular un laudo por violación del orden público el TC exige que exista una violación grave de una garantía (procesal) esencial del ordenamiento jurídico, debiéndose entender por tales garantías los principios procesales generales y constitucionalmente protegidos, que deben considerarse esenciales en la estructura de nuestro ordenamiento jurídico.

Con un loable espíritu práctico, y descendiendo a los particulares del caso que motivó la Sentencia, el Magistrado D. Celso Rodríguez Padrón, autor del voto particular, sintetiza (20) las razones que justifican la limitación a los poderes revisores del juez cuando dice

«... este análisis en torno a la motivación, no nos permite seleccionar —diría que ni sugerir siquiera— como elemento decisorio el hecho de que como Tribunal de Justicia, conociendo del asunto en el seno de un proceso jurisdiccional, hubiésemos llegado inequívocamente a una conclusión distinta a la alcanzada por el colegio arbitral (21)».

De admitirse la posibilidad de que el juez conozca del fondo del asunto, se desnaturalizaría la acción de nulidad, convirtiéndola en una especie de recurso de apelación.

ii) Una vez el TSJM se entiende «autorizado» para conocer en profundidad de la posible violación del orden público (material y formal) en la que pueda incurrir el laudo, pasa a enumerar las razones que, en su opinión, le asisten para decretar la nulidad del laudo (en base a una violación del orden público,

de las contempladas en el art. 41.1º. f LA).

El TSJM (o, por expresarlo con mayor precisión; los Magistrados que emiten el voto mayoritario) considera que, al no haberse aplicado las disposiciones del art. 101 TFUE (aunque el laudo contiene un exhaustivo examen de las disposiciones del art. 1 LDC), se produce un error en la fundamentación del laudo de tal magnitud (el tribunal llega a calificar la fundamentación del laudo como inexistente —por sumamente errónea—) que se produce una violación del orden público, que justifica la anulación del laudo.

Antes de entrar a comentar el razonamiento expuesto en el párrafo inmediatamente anterior, permítaseme exponer una idea que, creo, tiene una especial relevancia en el caso que nos ocupa. Lo que el art. 41.1º.f LA considera como causal de anulación del laudo es que éste sea contrario al orden público. Es decir, que se haya producido una «violación» de los principios de orden público. Nótese que la LA no considera como causal de anulación la «no-aplicación» de una norma de orden público, sino que ésta haya sido violada.

Es perfectamente posible que el principio de orden público, que puede entenderse violado, sea protegido por varias normas, no siendo específicamente citada alguna de ellas en el laudo cuya nulidad se intenta, pero consiguiendo el mismo efecto, el de la protección del mencionado principio, a pesar de que la norma que lo recoge no haya sido expresamente aplicada (y sí otra que produce el mismo efecto). Teniendo en cuenta que no hay una enumeración de los principios constitutivos del orden público, ni de los supuestos en los que debe de considerarse que el orden público está presente, se puede fácilmente imaginar la tarea titánica que correspondería al Tribunal Arbitral, si éste tuviese que justificar la aplicación de todas las normas que pueden contener un determinado principio general de orden público.

Surge aquí uno de los puntos principales de desacuerdo con las decisiones adoptadas en la Sentencia: ¿debe entenderse que el principio de orden público económico contenido en el art. 101 TFUE (prohibición de actuaciones contrarias a un principio básico del Derecho Comunitario, cual es la libre competencia), no está suficientemente protegido por las disposiciones contenidas en el art. 1 LDC? Según parece deducirse de los términos de la Sentencia, la decisión del Tribunal Arbitral, que toma en cuenta las disposiciones del art. 1 LDC, no protege suficientemente el principio de orden público antes mencionado (protección que sí se hubiese conseguido de haber aplicado las disposiciones del art. 101 TFUE).

La Sentencia declara que no se ha respetado el principio de primacía del Derecho de la Unión, al haber preterido el Tribunal Arbitral la aplicación del art. 101 TFUE en favor de la del art. 1 de la LDC (norma que ha de entenderse de menor rango que el art. 101 TFUE).

Surge inmediatamente una pregunta de importancia capital para la comprensión de las razones del desacuerdo con la decisión del TSJM; ¿Es que los dos artículos ya tan repetidamente citados contienen disposiciones incompatibles entre sí? Por utilizar palabras llanas; ¿se ha de entender que estos dos artículos no dicen lo mismo?, ¿queda más protegido el principio de prohibición de actuaciones contrarias a la libre competencia con las disposiciones del art. 101 TFUE que con las del

art. 1 LDC?

Trataré de contestar a estas preguntas, desde el más absoluto respeto, como no puede ser de otra manera, al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, obviamente sin olvidar que, como dice el voto particular de la Sentencia (22), «... nunca podemos perder de vista que el juego del principio de primacía despliega sus efectos ante supuestos de clara colisión entre el derecho interno y el supranacional.».

La Sentencia dedica la mayor parte de su razonamiento, relativo a la posible violación del orden público económico, en justificar la aplicación preferente del art. 101 TFUE y en manifestar su desacuerdo con la decisión del Tribunal Arbitral a la hora de interpretar y aplicar lo dispuesto en el art. 1 LDC.

En efecto, la Sentencia, como queda dicho, preconiza la aplicación de lo dispuesto en el art. 101 TFUE y no en el art. 1 LDC. Cita para sostener esta preferencia una serie de precedentes jurisprudenciales, que sostendrían sus tesis. Sin embargo, la Sentencia, al considerar aplicables lo dispuesto en dichos precedentes parece ignorar un hecho de enorme trascendencia; mientras los precedentes jurisprudenciales citados en la Sentencia gozan de un fuerte componente internacional (lo que podría justificar una aplicación preferente del art. 101 TFUE, por ser una norma de aplicación europea y no de un Estado miembro), en el caso del que se ocupa la Sentencia, el Tribunal Arbitral ha decidido sobre un litigio entre empresas españolas y relativo al mercado nacional.

Sin querer entrar (23) en el análisis de si es necesaria la aplicación de otra legislación, que no sea la local, en un litigio entre dos partes locales y referente al mercado en el que dichas partes realizan sus actividades, sí es necesario ver en qué hubiera podido ser diferente una decisión sobre el mismo litigio si, en vez de aplicar lo dispuesto en el art. 1 LDC, se hubiese aplicado el art. 101 TFUE. La Sentencia no ayuda a determinar claramente cuál hubiese sido esta diferencia, pues se limita a justificar la aplicación de dicho artículo (24) y a dar su opinión, entrando en el fondo del asunto, sobre la interpretación que el Tribunal Arbitral hizo del art. 1 LDC (sin que dé la impresión que el TSJM estuviese autorizado para ello, máxime cuando este tribunal es partidario de aplicar el art. 101 TFUE, en lugar de acudir a la legislación del estado miembro).

Como el tribunal revisor no puede entrar en cual habría sido su opinión si se hubiese aplicado el art. 101 TFUE (constituiría un caso palmario de examen del fondo del asunto), recurre al camino de cuestionar la idoneidad de la fundamentación del laudo, para anular el laudo por violación del orden público.

Así pues, al no haber señalado con claridad las diferencias que podrían existir entre las decisiones a las que se podía haber llegado utilizando el art. 101 TFUE o el art. 1 LDC, el TSJM nos priva de la oportunidad de demostrar que no tendría por qué haber diferencias entre la utilización de uno u otro artículo, pues necesariamente el art. 1 LDC tiene que seguir los mismos postulados del art. 101 TFUE (que debe considerarse preferente con respecto al anterior), so pena de que la legislación nacional no reflejase correctamente lo que se dispone en la normativa comunitaria y el art. 1 LDC no hubiese implementado correctamente los principios contenidos en el art. 101 TFUE.

Entre estos principios que inspiran la normativa del art. 101 del TFUE, debe entenderse incluida la prohibición de actuaciones contrarias a la libre competencia, lo que lleva a considerar que, si los postulados de los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC son los mismos, ambos artículos prestan una protección idéntica a los principios generales de orden público contenidos en los mismos.

Es curioso que la propia Sentencia reconoce que el art. 1 de la LDC debe considerarse un trasunto del art. 101 del TFUE, cuando dice (25) :

«De lo expuesto se sigue, con expreso y terminante fundamento legal, que la ley aplicable española incorpora ineluctablemente, por remisión legal expresa y más allá del ámbito de aplicación territorial de la normativa comunitaria, esa misma normativa de la UE: si un pacto restrictivo de la competencia está autorizado por el Derecho de la Unión el Legislador español, lo repetimos, de un modo explícito y terminante, lo reputa asimismo lícito, siempre, claro está, a salvo de la eventual existencia de previsiones más estrictas de nuestro Derecho interno».

Ergo, si la normativa española incorpora «ineluctablemente» las disposiciones comunitarias, no se entiende bien la razón por la cual se ha de acudir, necesariamente, a una de ellas, para obtener la protección que ambas dispensan, pues el contenido esencial de ambas disposiciones legales ha de ser el mismo.

La Sentencia debe entenderse representativa de los últimos rescoldos de la doctrina partidaria de dar al juez una amplia libertad para entrar a conocer del fondo del asunto sobre el que el laudo se ha pronunciado

Podría haber ocurrido que el TSJM estimase que el art. 1 de la LDC no reflejase correctamente las disposiciones de la norma preferente en la que se basa, el art. 101 TFUE. En ese caso, el TSJM debería haber interpelado al TJUE, a través de una cuestión prejudicial, sobre la existencia de una discordancia entre las disposiciones de los artículos ya repetidos. Ahora bien, como el TSJM no puede entrar a conocer del fondo del asunto, con gran dificultad podría entablar una cuestión prejudicial sobre asuntos que escapan de su competencia revisora (y decisoria).

El voto particular comparte la idea de que, en caso de que se aprecie una posible discordancia entre la legislación local y la comunitaria, es necesario acudir al sistema de la cuestión prejudicial, al decir (26) , citando a la STC 71/2019, de 20 de mayo:

«Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2º CE) dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción».

En el caso que nos ocupa, no se puede dilucidar si el TSJM ha tenido una duda objetiva, clara y

terminante sobre la contradicción entre los arts. 101 TFUE y 1 LDC, pero si la ha tenido, la vía para solventarla hubiera sido entablar una cuestión prejudicial. Pero si no ha apreciado contradicción entre las disposiciones de los dos artículos mencionados, lo que no puede hacer el tribunal, que conoce de la acción de nulidad, es conceder tal nulidad en base, entre otras razones, a que no se ha aplicado una norma (preferente) y sí otra, que no consta que contenga disposiciones contrarias a las que se pueden encontrar en la norma preferente.

Se ha de llegar a la conclusión de que el Tribunal Arbitral no estaba obligado a realizar un completo estudio de la aplicación del art. 101 TFUE, pues la obligación que atañe a dicho Tribunal de fundamentar su decisión, ha sido debidamente cumplida con el pormenorizado estudio que hace de las disposiciones del art. 1 LDC, cuyas disposiciones deben entenderse que siguen los mismos principios, que inspiran al art. 101 TFUE. Si el TSJM pensase que no hay correlación entre las disposiciones de uno y otro artículo, debería haber interpuesto una cuestión prejudicial, para averiguar la opinión del TJUE sobre la existencia y posible alcance de esta falta de correlación entre lo dispuesto en los dos artículos ya mencionados (101 TFUE y 1 LDC).

iii) Como vimos con anterioridad (27), la Sentencia del TSJM basa la anulación del laudo en una supuesta violación del orden público (art. 41.1º. f LA), pues, a juicio de este Tribunal, existe un error en la fundamentación del laudo (el Tribunal Arbitral no tomó en consideración las disposiciones del art. 101 TFUE) de tal magnitud que se produce una violación del orden público, lo que justifica la anulación del laudo.

Parece desconocer el TSJM lo que dispone la STC 65/2021 de 15 de marzo, la cual (28) aborda si el error en la fundamentación puede ser considerado como una violación del orden público, concluyendo que

«... la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral.»

Para determinar si se ha cumplido o no el deber de fundamentar el laudo, según el TC dispone en la sentencia antes citada

«... basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación». Concluyendo la citada sentencia del TC que «el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 CE».

Siendo la razón expuesta en los párrafos anteriores la fundamental para no considerar la falta de fundamentación como una violación del orden público, se pueden añadir otras dos, que demuestran la dificultad en considerar la fundamentación del laudo como un elemento del procedimiento arbitral al que se le pueda otorgar el carácter de orden público:

1. En primer lugar, la LA contempla una excepción a la obligación de que el laudo sea motivado,

prevista en el art. 37.4º LA, cuando dicho artículo prevé que no será necesaria la fundamentación de éste, en el caso de que sea un laudo por mutuo acuerdo de las partes (de los previstos por el mismo artículo de la LA en su párrafo 3º) (29) .

Es pues perfectamente posible que un laudo no contenga fundamentación alguna y, a pesar de eso, sea perfectamente válido, pues los árbitros se estarían ciñendo a la voluntad de las partes de poder prescindir de la fundamentación del laudo, en el caso de que éste no haga más que formalizar el acuerdo al que las partes han llegado.

2. En segundo lugar, parece estar pacíficamente admitido que no se exige, en el caso del laudo dictado en un arbitraje de equidad, una fundamentación del laudo con el mismo rigor y precisión que los exigidos a un juez o a un árbitro que vaya a decidir en un arbitraje de derecho (30) .

No parece, pues, que normas que puedan no ser aplicadas por acuerdo de las partes (aunque sea en supuestos muy específicos) o que permitan una aplicación atenuada de sus efectos, puedan ser consideradas como de orden público, concepto éste que se caracteriza por la imperatividad de su cumplimiento y por su general aplicación a los supuestos con los que pueda estar relacionado.

El voto particular de la Sentencia se adhiere (31) a esta doctrina (de no considerar la fundamentación del laudo como un elemento de orden público), pues, con cita de la STC 65/2021 antes reseñada, hace suya la afirmación del TC cuando dice

«... la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público» y (32) «El examen de la motivación de los laudos por parte de los Tribunales no puede ser ejercido como mecanismo de verificación de su extensión ni "de la correcta aplicación de la jurisprudencia"».

Se debe, pues concluir, que no se puede considerar la falta de fundamentación del laudo como un supuesto de orden público y por tanto no se puede anular un laudo con defectos (o supuestos defectos) en la fundamentación, al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1º.f) LA.

III. CONCLUSIONES

Cuando el Tribunal Constitucional (a través de las Sentencias del TC) había fijado (daba la impresión de que con claridad meridiana) los límites de las facultades del juez, que conoce de la acción de anulación del laudo, para determinar cuándo se produce una violación del orden público de tal entidad que puede considerarse suficientemente grave, como para proceder a la anulación del laudo, considerando que sólo los elementos generales de carácter procesal, y constitucionalmente protegidos, del procedimiento arbitral, pueden constituir una causa válida de anulación del laudo según lo dispuesto en el art. 41.1º. f) LA, el TSJM, a través de la Sentencia, ha vuelto a aplicar la doctrina seguida por este Tribunal desde el año 2015 y que preconiza la teoría de que el juez (que conoce de la acción de nulidad) no tiene por qué limitar el examen que realiza de la validez del laudo a los aspectos procesales, cuya violación pudiese ser considerada como originadora de la anulación del laudo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1º.f) LA, extendiendo las facultades del juez al examen y control de todos aquellos elementos (incluidos los que forman parte del orden público

material) que por su importancia inspiradora de las normas generales del ordenamiento jurídico, deben ser considerados como normas de orden público.

Sin embargo, la Sentencia debe entenderse que representa los últimos rescoldos de la doctrina partidaria de dar al juez una amplia libertad para entrar a conocer del fondo del asunto sobre el que el laudo se ha pronunciado.

De hecho, con anterioridad a la Sentencia, el TSJM había dictado el Auto de fecha 5 de octubre de 2021, en el que no se aceptaba la nulidad solicitada para un acuerdo de desistimiento alcanzado por las partes, en base a la doctrina sentada en las Sentencias del TC (33) .

Parece que las decisiones del TSJM sobre este punto se van a ir acomodando a la doctrina emanada del TC y que en un breve período de tiempo la doctrina mantenida por el TSJM, de ampliar las facultades revisoras del juez, habrá sido desplazada por la establecida en las Sentencias del TC.

Madrid, diciembre de 2021

.....
(1) A las que se podrá denominar de ahora en adelante «las Sentencias del TC».

[Ver Texto](#)

(2) Fundamentalmente por la Sentencia 65/2021 de 15 de marzo.

[Ver Texto](#)

(3) P. 31 de la Sentencia. En este trabajo, los números de página de la Sentencia que se citan, se corresponden con los que aparecen en la versión de la Sentencia publicada por el CENDOJ.

[Ver Texto](#)

(4) 46/2020 de 15 de junio y 17/2021 de 15 de febrero.

[Ver Texto](#)

(5) P. 17 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(6) Es decir SÍ, pero NO. El TSJM manifiesta su acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje (Punto VIII) cuando prohíbe que el juez que conoce de la acción de nulidad entre en el fondo del asunto, para después autorizar el examen del fondo del asunto o de la argumentación del laudo, sin limitar dicho control a aquellos casos en que haya habido un error palmario, arbitrario o ilógico del árbitro.

[Ver Texto](#)

(7) Punto 4. 3. del voto particular, p. 37 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(8) P. 33; mínima intervención del juez; p. 33 (última línea); sólo los errores procesales pueden justificar la anulación de un laudo por violación del orden público; p. 34; alcance de la expresión «equivalente jurisdiccional»; p. 34; no se exige una argumentación exhaustiva y pormenorizada; p. 34; no se puede exigir del árbitro una correcta aplicación de la jurisprudencia; p. 34; la acción de nulidad no constituye un nuevo análisis de lo decidido en el laudo y sólo puede versar sobre: (i) la legalidad del convenio arbitral (ii) la arbitrabilidad de la materia o la regularidad procedimental.

[Ver Texto](#)

(9) P. 5, F.J. 2º.

[Ver Texto](#)

(10) P. 6 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(11)
P. 4 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(12) F.J. 5, p. 31 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(13)
Vid.. Punto II.— anterior.

[Ver Texto](#)

(14) Como sí hace el voto particular de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(15) Punto 2.4. y 2. 6. del voto particular, pp. 34 y 35 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(16) Punto 2, STC de 15 de febrero de 2021.

[Ver Texto](#)

(17) El subrayado y la negrita son del autor.

Ver Texto

(18) Arbitraje y Tribunales ¿punto de partida o punto final? *Arbitrabilidad y normas imperativas* [<https://www.youtube.com/watch?v=WJyxHZd8l3Y>];, minuto 40.

Ver Texto

(19) En la terminología francesa «flagrante».

Ver Texto

(20) Punto 1. 3. del voto particular, p. 33.

Ver Texto

(21) El énfasis es el autor.

Ver Texto

(22) Punto 3.

Ver Texto

(23) Este tema daría por sí sólo para la preparación de un comentario aparte.

Ver Texto

(24) F.J. 4º de la Sentencia.

Ver Texto

(25) F.J. 4º, p. 11.

Ver Texto

(26) Punto 3 del voto particular de la Sentencia.

Ver Texto

(27) *Vid.*. Punto B) ii) anterior.

Ver Texto

(28) F.J. 5º.

Ver Texto

(29) El voto particular de la Sentencia (Punto 2.2.) expone que el canon de motivación, resulta «más tenue» en el laudo arbitral que en la sentencia judicial, sin hacer diferenciación alguna entre el arbitraje de derecho y el de equidad.

[Ver Texto](#)

(30) STSJ País Vasco n.º 10/2019 de 11 diciembre. F.J. 5º.

[Ver Texto](#)

(31) Punto 2.3. del voto particular de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

(32) Con cita de la STC 17/2021, F.J. 2.

[Ver Texto](#)

(33) En este caso concretamente, se aplica lo dispuesto en la STC 46/2020, de 15 de junio.

[Ver Texto](#)

Arbitraje, y revisión de oficio en la contratación pública

Sentencia del Tribunal Supremo CA 3ª de 17 de noviembre de 2021

Arbitration and *ex officio* review in public contracts (Judgment of the Supreme Court CA 3ª of 17 November 2021)

El 17 de noviembre de 2021, el Tribunal Supremo (Sala Tercera) ha resuelto que las administraciones públicas pueden instar la revisión de oficio de la adjudicación de un contrato (actos separables) a pesar de que se hubiera iniciado un arbitraje sobre la posible resolución de ese contrato por otras causas. La Sentencia contiene algunos pronunciamientos controvertidos que obligan a fijarse en otras instituciones procesales como la prejudicialidad y la independencia del convenio arbitral. Este Sentencia constituye el enésimo capítulo de un procedimiento que cada vez está más cerca de concluir.

Arbitraje y Sector Público, Revisión de Oficio, Contratación Pública, Independencia del convenio arbitral.

On November 17, 2021, the Supreme Court (Third Chamber) Law Arbitration has ruled that public administrations can submit an *ex officio* review of the award of a public contract (separable acts) even though an arbitration regarding the termination of the public contract, on other grounds, was initiated at that time. The judgement contains some controversial opinions that compel us to look into other procedural institutions such as related actions or the autonomous of the arbitration agreement. This judgement is the umpteenth chapter of a case that will finish soon.

Arbitration and Public Sector, *Ex officio* review, public procurement, Autonomous of the arbitration agreement.



Álvaro Soriano Hinojosa

Doctor en Derecho, Abogado en J&A Garrigues, S.L.P (1)

I. ANTECEDENTES DEL CASO

Hace tres años publiqué un artículo titulado «Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia» (2), que analizaba la Sentencia 5/2018 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de mayo de 2018 (caso «UTE Pinosolo») por el que se desestimó la acción de anulación interpuesta por el Ayuntamiento de Leioa frente al Laudo que declaró resolución contractual y condenó al consistorio a pagar a la UTE Pinosolo una indemnización.

Recomiendo al lector que quiera profundizar en los antecedentes del caso, que acuda al citado artículo donde se encuentran extensamente desarrollados (aquí serán indicados con brevedad, únicamente para mantener el hilo conductor del artículo). A grandes rasgos, el intrincado asunto evolucionó de la siguiente forma: a) Leioa Kirolak, una sociedad mercantil de titularidad municipal, adjudicó el 31 de enero de 2011, a la UTE Pinosolo, la construcción de un complejo deportivo de importantes dimensiones a cargo del erario público; b) el contrato contenía un convenio arbitral por el cual, los actos separables (preparación y adjudicación del contrato) se sometían a la jurisdicción contencioso-administrativa; pero la eficacia, resolución, ejecución y cumplimiento del contrato se sometían a un arbitraje de derecho; c) Leioa Kirolak no pudo continuar con el contrato por exigencias presupuestarias e intentó resolverlo de mutuo acuerdo el 12 de julio de 2012, pero la UTE Pinosolo se negó y, el 22 de julio de 2014, Leioa Kirolak suspendió la ejecución del contrato; d) en paralelo, el 21 de mayo de 2013, el Consejo Vasco de la Competencia sancionó a uno de los miembros de la UTE por prácticas anticompetitivas ejercitadas en el marco de la adjudicación del contrato; e) el 28 de noviembre de 2014, Leioa Kirolak se disolvió y el Ayuntamiento de Leioa se subrogó en todos los derechos y obligaciones de esta sociedad mercantil; f) el 30 de noviembre de 2016, el Ayuntamiento de Leioa incoó el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo; g) el 1 de diciembre de 2016, la UTE Pinosolo inició un arbitraje frente al Ayuntamiento de Leioa en el que reclamó —y se le concedió— una indemnización por la resolución contractual; h) el 20 de junio de 2017 y tras la emisión del citado dictamen, el Ayuntamiento aprobó definitivamente la declaración de nulidad de dicha adjudicación en el procedimiento de revisión de oficio; i) el 20 de noviembre de 2017 el árbitro dicta el laudo en el procedimiento de arbitraje, declarando la resolución del contrato por incumplimiento imputable al Ayuntamiento de Leioa y ordenando la indemnización de daños y perjuicios a las empresas integrantes de la UTE Pinosolo.

Por tanto, son tres los procedimientos que surgen en relación con este conflicto: el primero, relacionado con el derecho de la competencia, donde se sancionó a uno de los miembros de la UTE Pinosolo por prácticas anticompetitivas (3); el segundo, el contencioso-administrativo, en el que se discute si el Ayuntamiento de Leioa puede revisar de oficio la adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo; el tercero, el arbitral, donde la UTE Pinosolo exigió al Ayuntamiento una indemnización.

Conjugar áreas tan distintas y distantes no es una tarea sencilla (4). Desgranaremos en este trabajo los puntos en común que permiten la sustanciación de tres procedimientos relacionados y la incidencia que cada uno tiene en el otro. Máxime cuando el resultado de los mismos es, aparentemente, contradictorio:

- i) *Derecho de la competencia*: La Sentencia 104/2016, de 16 marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, declaró conforme a derecho la multa impuesta por el Consejo Vasco de la competencia a la empresa Aros, Estudio de Arquitectura, S.A., integrante de la U.T.E. Pinosolo, por prácticas colusorias en relación con la adjudicación del complejo deportivo Pinosolo.

Por tanto, declaró la existencia de una práctica anticompetitiva de un miembro de la UTE. No

obstante, revocó la sanción que impedía al miembro de la UTE percibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la resolución contractual al considerar que la Autoridad Vasca de la Competencia no podía adoptar esa decisión.

- ii) *Arbitraje*: el 1 de diciembre de 2016, la UTE Pinosolo inició un arbitraje frente al Ayuntamiento de Leioa y el árbitro dictó un laudo interlocutorio el 24 de abril de 2017, por el que se declaró competente para conocer el asunto y un laudo final, el 20 de noviembre de 2017, por el que declaró la resolución contractual por causas imputables al Ayuntamiento de Leioa y le condenó a indemnizar a la UTE Pinosolo (5).

El Ayuntamiento de Leioa interpuso sendas acciones de anulación frente a ambos laudos que fueron desestimadas por la Sentencia del TSJ del País Vasco n.º 11/2017 de 15 noviembre, respecto al laudo interlocutorio; y la Sentencia del TSJ del País Vasco n.º 5/2018 de 30 mayo, respecto del laudo final.

- iii) *Derecho administrativo*: la Sentencia n.º 1346/2021 del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, declara la validez del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Leioa de fecha 20 de junio de 2017, por la que se aprobó definitivamente la revisión de oficio y se declaró la nulidad de la adjudicación de la obra del polideportivo a la UTE Pinosolo (6) y procedía a la liquidación de dicho contrato, declarando que no procedía abono de ninguna cantidad económica adicional.

La complejidad del procedimiento arbitral sustanciado en paralelo al contencioso-administrativo era extraordinaria: Leioa Kiroalak, sociedad mercantil que adjudicó el contrato a la UTE Pinosolo, era un poder adjudicador que no tenía el carácter de Administración Pública. Sin embargo, esta entidad fue disuelta, liquidada y sustituida por el Ayuntamiento de Leioa que, evidentemente, sí era una Administración Pública, como recogía el art. 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) vigente entonces.

El problema radicaba en que el art. 50 de la antigua LCSP prohibía a las administraciones públicas someterse a arbitraje. Con lo que nos encontramos con un convenio arbitral válido y eficaz *ab initio*, suscrito entre dos entidades mercantiles —una de ellas, de titularidad municipal—, pero con la controversia sobre la posible inexistencia sobrevenida del convenio arbitral debido a la subrogación del Ayuntamiento de Leioa en los derechos y obligaciones de una de esas entidades.

El convenio arbitral señalaba:

«Todas las controversias que se planteen en relación con la preparación y adjudicación del presente contrato partes serán fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Leioa Kiroalak y quien resulte adjudicataria del presente contrato acordarán someter toda controversia que surja en relación o con ocasión de la ejecución y cumplimiento del contrato, así como sobre su eficacia y resolución, a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, de acuerdo con su normativa reguladora».

La UTE Pinosolo optó por iniciar el arbitraje frente al Ayuntamiento de Leioa y consideró que esa

subrogación no orillaba la validez del convenio arbitral. Lo cual fue confirmado por el árbitro en el laudo interlocutorio.

A nuestro juicio, como ya indicamos, la subrogación del Ayuntamiento en la posición de Leioa Kirolak no supone una inexistencia sobrevenida del convenio arbitral. La UTE Pinosolo suscribió un contrato con Leioa Kirolak, que era un poder adjudicador sin condición de Administración Pública y quien estaba, por tanto, perfectamente habilitado para participar en un arbitraje. El hecho de que una Administración Pública se subroge en la posición que mantenía primigeniamente una entidad mercantil no puede alterar la validez del convenio arbitral.

De hecho, la STSJ País Vasco 15 de noviembre de 2017 (7) descartó la acción de anulación planteada por el Ayuntamiento de Leioa:

«De otra parte, y también conviene reseñarlo, una cosa es celebrar un contrato y otra, muy distinta, ocupar la posición jurídica de una de las partes contractuales en un contrato ya celebrado».

Dado que las sentencias dictadas por el TSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) respaldando ambos laudos fueron analizadas en el artículo anterior que escribí sobre el caso, donde se examinó también la compatibilidad del arbitraje con la contratación pública, en este nos centraremos en esa aparente contradicción que provoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021 (8) al declarar la validez del acuerdo dictado por el Ayuntamiento de Leioa por el que se anula la adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo.

II. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO MIENTRAS SE SUSTANCIA EL ARBITRAJE

El 20 de junio de 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Leioa aprobó la revisión de oficio y declaró la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de 31 de enero y 11 de febrero de 2011 de Leioa Kirolak por los que se adjudicó el contrato de ejecución de obras del polideportivo a la UTE Pinosolo.

En esa fecha, el árbitro ya había dictado el laudo interlocutorio por el que se declaró competente para arbitrar la controversia relativa a la resolución contractual y los daños y perjuicios correspondientes. Y la UTE Pinosolo recurrió la decisión ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao, que desestimó el recurso, y la UTE interpuso apelación ante el TSJ del País Vasco, que dictó la Sentencia n.º 364/2019 de 26 diciembre mediante la que revocó la anterior y anuló el Acuerdo de 20 de junio de 2017 del Ayuntamiento de Leioa que declaraba, a su vez, la nulidad de la adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo.

Esta Sentencia se basaba, fundamentalmente, en dos cuestiones que se reflejan en el Fundamento Jurídico Tercero *in fine*:

i) El momento temporal en el que se adoptó el acuerdo:

«Cuando el arbitraje se inicia y el laudo se dicta no existía obstáculo alguno para ello pues aún no se había dictado acto administrativo alguno que dejase sin efecto la validez de la adjudicación del contrato, que fue declarada después, vía revisión de oficio, por el Ayuntamiento de Leioa. Ahora bien, cuando se produce la revisión de oficio, el laudo arbitral estaba dictado, con lo que el Ayuntamiento no estaba en ese momento habilitado para ello».

ii) La desestimación de la acción de anulación —en dos ocasiones— declarada por el TSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal):

«Ciertamente podía impugnar el laudo, y así lo hizo. De haber prosperado este recurso, sí sería posible la revisión de oficio pero lo cierto es que, como hemos indicado, dicho recurso fue rechazado por la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior. Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a la estimación de la apelación».

La STSJ País Vasco 30 de mayo de 2018 que descartó la nulidad del laudo final también descansó su decisión en el «momento temporal» en el que se acordó la nulidad de la adjudicación y su falta de firmeza. Consideró que, como al momento de dictarse el laudo, la revisión de oficio y nulidad de la adjudicación no era firme, no podía declararse la nulidad del laudo:

«De lo que se sigue que la declaración de nulidad del acto de adjudicación es una condición necesaria de la nulidad del contrato, pero no suficiente, puesto que para producir tal efecto, además, tal y como establece la norma con toda claridad, ha de ser firme. Y como quiera que el acto acordando la declaración de nulidad de la adjudicación ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando dicho recurso, que se sigue, bajo el n.º 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao, pendiente de resolución, resulta entonces que la declaración no es firme, y por lo tanto, que el contrato formalizado a consecuencia de dicha adjudicación no puede considerarse nulo».

En su momento critiqué esta decisión porque, aunque es cierto que la falta de firmeza impedía considerar que la adjudicación era nula, tarde o temprano —como precisamente ha ocurrido— existiría una resolución firme y no era descartable que mantuviera incólume el acuerdo del Ayuntamiento con la consecuente nulidad de la adjudicación (9). Y, consideré entonces, que el TSJ contaba con herramientas para indicar que el arbitraje era válido, sin tener que recurrir al elemento temporal, como el carácter autónomo del convenio arbitral.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA) DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

En efecto, la STS 17 de noviembre de 2021 ha resuelto con carácter firme el embrollo administrativo y ha declarado, con revocación de la STSJ País Vasco 26 de diciembre de 2019, la validez del acuerdo del Ayuntamiento de Leioa de 20 de junio de 2014 por la que se declaraba la nulidad de la adjudicación.

El Ayuntamiento de Leioa había planteado tres motivos en su recurso de casación:

1. Si el convenio arbitral impedía la revisión de oficio de la adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo.
2. Si el ejercicio de la revisión de oficio, debe realizarse de manera excluyente o, por el contrario, es posible que concorra con el procedimiento arbitral.
3. «Y, en este último caso, cuál será la incidencia de uno y otro procedimiento a fin de dar preferencia a una de las dos decisiones; más concretamente, si debe operar el criterio de preferencia temporal en el inicio o la decisión».

Respecto al primer motivo de casación, el Tribunal Supremo concluye en su Fundamento Jurídico Cuarto que la existencia de un convenio arbitral no impide la revisión de oficio prevista en el art. 34 (10) de la LCSP 2011, que es una facultad reservada al Ayuntamiento de Leioa:

«Parece claro que la expresa atribución en el contrato litigioso de la resolución de las controversias sobre actos preparatorios y adjudicación a la jurisdicción contencioso-administrativa implica la remisión a esos efectos a la legislación administrativa, en contra de lo argumentado por la sociedad demandada. Finalmente, porque la asunción del Ayuntamiento de Leioa de la posición jurídica de Leioa Kirolak se hizo sin ninguna restricción de sus facultades legales en lo que respecta al ejercicio de los derechos y obligaciones que asumía.

Por tanto, no existe obstáculo para que el Ayuntamiento de Leioa, Administración Pública que adquiere la condición de titular de la posición jurídica de la entidad adjudicadora al disolverse ésta (una sociedad pública del propio Ayuntamiento, no se olvide), pudiera ejercer sus competencias revisoras respecto a la adjudicación de un contrato de regulación armonizada que estaba sometido, por expresa previsión de su clausulado, a la jurisdicción administrativa».

Estamos de acuerdo con la posición del Tribunal Supremo relativa a que la adjudicación del contrato se decide en sede administrativa y no arbitral. Resulta indispensable distinguir, como hacía el propio convenio arbitral, entre las facultades que se encuentran reservadas al Ayuntamiento de Leioa en su condición de administración pública, que son precisamente los actos separables y la posibilidad de su revisión de oficio, de aquellos otros aspectos puramente civiles como la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios (11) .

Y es que no pueden someterse a arbitraje las decisiones relativas a la adjudicación de un contrato público. Esas cuestiones son actos separables y conforman materia típicamente administrativa excluida del arbitraje. Cuestión distinta son los efectos que la decisión administrativa pudiera tener en el arbitraje y en el laudo. Así lo manifestó también la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao:

«No cabe, en consecuencia, acoger la alegación de incompetencia del Ayuntamiento de Leioa para declarar en sustitución de Leioa Kirolak SAU la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación impugnados. El razonamiento de la recurrente sobre el hecho de que hubieran comenzado a ejecutarse actuaciones en régimen del Derecho privado resulta irrelevante a los efectos del control de la legalidad de los actos separables indicados, que constituyen en todo caso

materia típicamente administrativa, sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa y no al control arbitral o de la Sala Civil y Penal del TSJ del País Vasco, como pretende aquella, con independencia de las consecuencias que tenga esa decisión sobre la propia existencia o adjudicación del contrato o bien sobre lo resuelto por el laudo arbitral de 24.4.2017 y las resoluciones adoptadas en torno al contenido de éste por la Sentencia 5/2018, de 30 de mayo de dicha Sala».

Sin embargo, esta Sentencia no entraba a señalar cuáles eran esas consecuencias que podía tener la revisión de oficio en el procedimiento arbitral a pesar de que, teóricamente, esta era una de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Leioa.

Así, respecto al segundo motivo, analizado en el Fundamento Jurídico Quinto, intitulado «interrelación con el procedimiento de arbitraje», el Tribunal Supremo mantiene una postura ambivalente :

En primer lugar, afirma que el arbitraje era procedente, pero que el ejercicio de la revisión de oficio puede dejarlo sin objeto al declararse la nulidad del contrato:

«Todo lo anterior no quiere decir que no fuera procedente el arbitraje privado, que estaba expresamente contemplado en el propio contrato de adjudicación. Pero lo era, según la citada cláusula 18 de las condiciones generales, en relación con su ejecución y cumplimiento, así como con su eficacia y resolución. Pero si la Administración pública constata y declara en ejercicio de su potestad de revisión de oficio que la adjudicación estaba viciada de nulidad, el arbitraje queda sin objeto, puesto que desaparece el propio contrato objeto del arbitraje».

No es posible saber por qué formula en términos hipotéticos («si la administración pública constata...») que el arbitraje «queda sin objeto», cuando el arbitraje ya estaba resuelto, incluso confirmado mediante la desestimación de la acción de anulación . De querer realizar un pronunciamiento sobre la incidencia de la Sentencia en el arbitraje, no necesitaba acudir a planteamientos condicionales.

Todo apunta a que el Tribunal Supremo no quiere entrar en esa cuestión que, en el fondo, está al margen de su competencia como es declarar la nulidad del procedimiento arbitral. En cualquier caso, es cuestionable señalar que un arbitraje quede sin objeto por la terminación del contrato porque el convenio arbitral es independiente del propio contrato (12) .

En segundo lugar, acude al momento temporal para desmentir la Sentencia *a quo*, pero la formulación es enrevesada respecto a la incidencia del procedimiento contencioso-administrativo en el arbitraje:

«La sucesión de hechos evita, por lo demás, que se plantee cualquier duda por razones temporales, pues el procedimiento de revisión de oficio ha ido en todo momento por delante del procedimiento de arbitraje, en contra de lo que afirma la sentencia de apelación. Así, el procedimiento de arbitraje se inicia al día siguiente (1 de diciembre de 2016) de incoarse el

procedimiento de revisión de oficio (30 de noviembre de 2016). A su vez, la declaración de nulidad del contrato de adjudicación se acuerda por el Ayuntamiento de Leioa el 20 de junio de 2017, mientras que el laudo resolviendo el contrato (algo que quedaba efectivamente dentro del ámbito del arbitraje) se produce ya el 20 de noviembre de 2017, momento en el que el contrato había sido ya declarado nulo por el Ayuntamiento, lo que excluía ya cualquier decisión arbitral».

Nótese que el Tribunal Supremo señala que el acuerdo de 20 de junio de 2017 «excluía ya cualquier decisión arbitral» cuando, en la fecha en que se pronuncia el Tribunal Supremo, existe una STSJ País Vasco 30 de mayo de 2018 que desestima, precisamente, la acción de anulación formulada por el Ayuntamiento de Leioa frente al laudo final de 20 de noviembre de 2017.

Parece que el Tribunal Supremo no comparte los criterios de la STSJ País Vasco 30 de mayo de 2018 y, a su juicio, el arbitraje no debía continuar tras la decisión de 20 de junio de 2017 del Ayuntamiento de Leioa. Pero el laudo y la STSJ País Vasco 30 de mayo de 2018 que lo corrobora, se trata de una Sentencia firme que no puede ser revertida por medio de otra posterior recaída en un procedimiento distinto con un régimen de recursos en el que no participa el Tribunal Supremo.

Si el Ayuntamiento consideraba que existía una «interrelación» indisociable entre el procedimiento arbitral y el contencioso-administrativo, que podía desembocar en resoluciones contradictorias, pudo plantear la prejudicialidad (13) para evitarlo.

No terminan ahí las injerencias del Tribunal Supremo en el laudo y declara, aunque solo con efectos *obiter dicta* porque no es el objeto del recurso, que el laudo es ineficaz:

«Pero dicho laudo interlocutorio y la prosecución del arbitraje no interfieren con el procedimiento de revisión de oficio que se estaba desarrollando. Y si la propia Sala declaró la conformidad a derecho del laudo interlocutorio en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, también había efectuado la propia Sala un doble reconocimiento en sendas sentencias anteriores de la colusión producida en el proceso de adjudicación y de la existencia de dicha causa de nulidad, con referencia expresa en la ya mencionada sentencia de 22 de marzo de 2016 (procedimiento 104/2016) a la eventualidad de que el Ayuntamiento de Leioa incoase un procedimiento de revisión de oficio. Por tanto, es errada la conclusión que se formula en la sentencia de apelación — invocando la que confirmaba la validez del laudo interlocutorio—, de que resultaba inviable la revisión de oficio por ser posterior al citado laudo, dado que el mismo era meramente interlocutorio sobre la pendencia del arbitraje y que el procedimiento de revisión de oficio se había iniciado con anterioridad y finalizado también con anterioridad al laudo definitivo sobre resolución del contrato. En definitiva, el procedimiento de arbitraje podía seguir si ese era el criterio del árbitro, pero la resolución arbitral del contrato, efectuada en el laudo de 20 de noviembre de 2017, sólo hubiera podido ser eficaz si el procedimiento de revisión de oficio hubiese finalizado rechazando la propuesta de nulidad del mismo».

Como vemos, el laudo final se dictó el 20 de noviembre de 2017 —confirmado mediante STSJ País Vasco 30 de mayo de 2018— mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo es de 17 de noviembre de 2021.

Aunque sea con carácter *obiter dicta*, es muy discutible la declaración de que la eficacia del laudo dependía del resultado del procedimiento de revisión. Y ello porque en ningún caso es posible modificar el laudo mediante otra Sentencia dictada en el orden contencioso-administrativo. De nuevo, planea la prejudicialidad, esta vez de forma más sonora, después de esta última afirmación del Tribunal Supremo sobre la ineficacia —sobrevvenida— de un laudo firme.

Y, de hecho, al final de la Sentencia, confirma el carácter teórico de su planteamiento al señalar que:

«Igualmente, la procedencia de la revisión de oficio o del arbitraje, así como la relevancia del criterio temporal, dependerán de las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate, como el tenor de la propia cláusula de arbitraje o la naturaleza del acto sobre el que se plantea el litigio, entre otros».

Siendo mucho más contundente, en cambio, al señalar que el convenio arbitral no limita la facultad de una administración pública de revisar de oficio los actos de adjudicación de un contrato:

«De la interpretación que se ha efectuado de las normas aplicables al caso en los anteriores fundamentos de derecho debemos concluir que una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato».

El tercer motivo, que era el más complejo, se encuentra diluido en los dos anteriores. Y es que el Tribunal Supremo no podía resolver sobre la *«incidencia de uno y otro procedimiento a fin de dar preferencia a una de las dos decisiones»* porque a) el procedimiento arbitral era firme y con efectos de cosa juzgada; b) el objeto del recurso contencioso-administrativo, planteado por la UTE Pinosolo, que dio lugar al inicio de este procedimiento, era la nulidad de la revisión de oficio instada por el Ayuntamiento de Leioa. No podía, por tanto, el Tribunal Supremo, declarar la nulidad del procedimiento arbitral que fue objeto de una acción de anulación que sigue su propio régimen de recursos y que, para colmo, fue desestimada.

En el Fundamento Jurídico Sexto, la Sentencia del Tribunal Supremo resuelve que la nulidad de la adjudicación deriva de la práctica colusoria declarada por la Sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) n.º 104/2016 de 22 de marzo. Pero hay que recordar que esta Sentencia declaró que la existencia de un concierto de voluntades y la correspondiente sanción por prácticas contrarias al Derecho de la Competencia únicamente afectaba a una de las dos sociedades que componía la UTE.

Finalmente, tiene relevancia analizar la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo: no contiene ninguna indicación sobre el procedimiento arbitral; únicamente se confirma la validez del procedimiento de revisión de oficio y la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato a favor de la UTE Pinosolo. Y es que, a pesar de las múltiples referencias al procedimiento arbitral, en realidad, el procedimiento contencioso tiene su origen en un recurso formulado por la UTE Pinosolo frente a la decisión del Ayuntamiento de Leioa de revisar de oficio y anular la adjudicación; lo que parece haber quedado desdibujado con la compleja intrahistoria que rodea al procedimiento.

El árbitro no tenía competencia para pronunciarse sobre las consecuencias que una infracción del derecho de la competencia tenía sobre la adjudicación del contrato porque son materias administrativas sobre las que no puede resolver

IV. Compatibilidad de tres procedimientos aparentemente contradictorios

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021 complica —todavía más— la compatibilidad de los tres procedimientos firmes. Máxime al haber indicado que el laudo es ineficaz y que el procedimiento arbitral (firme) ha quedado sin objeto, aunque lo planteara en términos hipotéticos y no trasladara esa decisión a la parte dispositiva.

Este pronunciamiento ha dado lugar a que el Ayuntamiento de Leioa publique que no debe hacerse cargo de la condena dineraria «La UTE Pinosolo debe devolver al Ayuntamiento la indemnización cobrada» (14) noticia que culmina con la siguiente frase: «parece que por fin esta sentencia cerrará el capítulo judicial mediante la obligación a la UTE Pinosolo de devolución de la indemnización recibida por parte del Ayuntamiento de Leioa». Pero, ¿es realmente así?

La realidad es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2021 no declara la nulidad del procedimiento arbitral —no puede— ni condena a la UTE Pinosolo a devolver las cantidades percibidas en virtud del laudo de 20 de noviembre de 2017 y confirmado por la STSJ País Vasco 2018.

Por tanto, nos encontramos con tres procedimientos (arbitral, competencia y contencioso-administrativo) firmes:

i) Competencia: la Sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) n.º 104/2016 de 22 de marzo declara que uno de los dos miembros de la UTE incurrió en prácticas colusorias y confirma la sanción impuesta por la Autoridad Vasca de la Competencia el 21 de mayo de 2013.

Ahora bien, esta Sentencia estimó parcialmente el recurso del miembro de la UTE y anula la sanción que le impedía cobrar una indemnización como consecuencia de la resolución contractual. Y es que, con precisión de cirujano, distingue entre las discusiones naturaleza civil y las puramente sancionadoras:

«Mejor suerte merece el formulado frente a la orden que el Consejo Vasco de la Competencia dirige a Leioa Kirolak S.A.U. para que se abstenga del abono de indemnización o compensación por daños y perjuicios a las infractoras, derivados de la resolución del contrato 'Complejo deportivo', y ello por cuanto, si bien el art. 53.2º.c), posibilita la adopción de medidas correctoras encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas contrarias al interés público, la

acordada supone la intromisión en las competencias propias del órgano adjudicador en el ámbito de la relación contractual que le vincula con la sociedad adjudicataria; incoado en octubre de 2012 por el Presidente de Leioa Kirolak expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, el acto que lo puso fin y la eventual indemnización que en su caso se hubiere fijado a favor de la aquí recurrente, no pueden ser privados de eficacia mediante la resolución sancionadora en estudio, sin perjuicio de que la contratante, si lo estima oportuno, inicie procedimiento para su revisión de los previstos en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en base a las infracciones apreciadas por el Consejo Vasco de la Competencia».

Es decir, en el ámbito del derecho de la competencia, con anterioridad a iniciarse el arbitraje y el procedimiento de revisión de oficio, se resuelve que: a) uno de los miembros de la UTE Pinosolo incurrió en prácticas anticompetitivas; b) confirma la sanción pecuniaria impuesta por la Autoridad Vasca de la Competencia; c) revoca la sanción que impedía al miembro de la UTE infractor cobrar una indemnización al carecer de competencia para acordar una sanción de esa naturaleza y recomienda —esto nos resulta curioso y poco habitual en la práctica forense— al Ayuntamiento de Leioa a iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

ii) *Arbitraje*: en el arbitraje se discutían las consecuencias indemnizatorias de la resolución contractual reclamadas por la UTE Pinosolo. Es relevante el apartado 3.2.3 de la STSJ País Vasco 30 de mayo que confirma el laudo final de 20 de noviembre de 2017 porque afirma que la infracción del derecho de competencia argüida por el Ayuntamiento de Leioa, podía dar lugar a la nulidad de la adjudicación del contrato, pero no interfería con el arbitraje:

«La infracción señalada [del derecho de la competencia], por otro lado, tampoco guarda directa e inmediata relación con el contenido del contrato, ni puede considerarse resultado o producto de alguna o algunas de sus cláusulas o condiciones, que en realidad no se cuestionan, sino que tiene que ver con su adjudicación, que es una faceta del proceso de contratación sobre la que, al igual que ocurre con lo referido a su preparación, el árbitro carece de competencia.

Lo anterior, de lo que resulta sabedora la parte actora, quizás sea lo que explique que la alegación a la que ahora damos respuesta no fuera planteada en el procedimiento arbitral, dado que el árbitro no se podía pronunciar sobre la nulidad del contrato por vicios en su adjudicación, so pena de excederse en su competencia».

En efecto, el árbitro no tenía competencia para pronunciarse sobre las consecuencias que una infracción del derecho de la competencia tenía sobre la adjudicación del contrato porque son materias administrativas sobre las que no puede resolver. Sin embargo, sí es posible que, al amparo del convenio arbitral, declare la resolución del contrato y condene al Ayuntamiento de Leioa a indemnizar a la UTE Pinosolo.

Aunque pueda parecer contradictorio, en realidad tiene una explicación sencilla: es posible que, por las diferentes vicisitudes contractuales (piénsese en una constructora que ha iniciado los movimientos de tierras, contratado personal o subcontrataciones, máxime en este caso donde la terminación convencional fue propuesta antes del procedimiento sancionatorio) en el momento de

la terminación contractual la UTE Pinosolo haya incurrido en una serie de costes cuya reclamación están sometidos a arbitraje con independencia del resultado de cualquier otro proceso.

El convenio arbitral actúa en este caso como parapeto para deslindar la nulidad de la adjudicación de las consecuencias indemnizatorias que esa terminación supone. Y es que el convenio arbitral es independiente del propio contrato por lo cual, la nulidad del contrato no arrastra ni implica la nulidad del convenio arbitral. Así, lo establece la jurisprudencia:

«Esta independencia del convenio arbitral se orienta a conservar su eficacia frente a los ataques de que pueda ser objeto por alguno de los sujetos que fueron parte en el acuerdo (o que razonablemente deben reputarse alcanzadas por el mismo por haberlo aceptado en forma tácita), y que, como aquí acontece, después se sirven de una demanda de nulidad del contrato pretende desvincularse unilateralmente del convenio arbitral y de las dos obligaciones fundamentales que emanan del mismo: a) la de someter a arbitraje las discrepancias que se encuentren comprendidas por los términos del convenio; y b) la obligación de aceptar y cumplir el laudo de acuerdo con sus términos (15) ».

iii) *Contencioso-Administrativo*: la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre confirma la validez de la revisión de oficio y de la nulidad de la adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo. Pero no puede tener ninguna repercusión sobre el procedimiento arbitral finalizado. El Ayuntamiento de Leioa tampoco lo debió creer así porque existían instrumentos procesales como la prejudicialidad para articular una suspensión del procedimiento arbitral si consideraba —que en nuestra opinión no habría tenido recorrido— que la revisión de oficio podía suponer un veto a la indemnización contractual.

* * *

En definitiva, son muchas las aristas que presenta este caso y, como hemos anticipado, lo hemos analizado sin haber tenido a nuestra disposición los laudos ni los escritos rectores de las partes que podrían modificar estas conclusiones. Pero, en pura teoría, este trío de resoluciones puede convivir, con sus más y sus menos, como una «Extraña Pareja»: a) el Derecho de la competencia se ocupa de sancionar a quienes incurran en prácticas colusorias, pero sin invadir otras áreas administrativas como la revisión de oficio o civiles como la indemnización que puede percibir (o no) la UTE como consecuencia de la resolución; b) el derecho administrativo, por su parte, puede declarar la nulidad de la adjudicación del contrato, competencia que es exclusiva del Ayuntamiento de Leioa, pero no puede entrar en si tiene derecho (o no) la UTE a una indemnización por los daños que le causa esa resolución; y c) el arbitraje podía declarar la resolución contractual por motivos distintos a los de la adjudicación y condenar, si lo consideraba, a los daños y perjuicios correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

CORDÓN MORENO, F.J., «La prejudicialidad civil en el arbitraje», *Gómez-Acebo&Pombo*, [<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/La-prejudicialidad-civil-en-el-arbitraje.pdf>].

ESCARTÍN ESCUDÉ, V., «El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 101-163.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45-46, 2009, pp. 257-285

PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado*, Madrid, Civitas Thomson-Reuters, 2020, pp. 221-269.

SORIANO HINOJOSA, Á., «Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 789-816.

(1) Las consideraciones de este comentario son personales y exclusivas del autor.

Ver Texto

(2) Á. Soriano Hinojosa, «Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 3, 2018, pp. 789-816.

Ver Texto

(3) *Vid.*. Sentencia de 15 de febrero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Ver Texto

(4) J.C. Fernández Rozas, «El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45-46, 2009 (Ejemplar dedicado a: Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 257-285

Ver Texto

(5) [<https://www.elcorreo.com/bizkaia/margen-derecha/fallido-polideportivo-exige-20200110204340-nt.html>]

Ver Texto

(6) En puridad, nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de Leioa Kirolak por los que se adjudicó la obra.

Ver Texto

(7) STSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2017.

Ver Texto

(8) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021.

Ver Texto

(9) Á. Soriano Hinojosa, «Arbitraje, contratación pública...» *loc. cit.*, p. 807.

Ver Texto

(10) Actual art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Ver Texto

(11) V. Escartín Escudé, «El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nos. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 101-163.

Ver Texto

(12) M L. Palazón Garrido, «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson-Reuters, 2020, pp. 221-269.

Ver Texto

(13) Somos conscientes de la enorme controversia que rodea al instituto de la prejudicialidad en relación con el arbitraje. Pero, desde luego, existen casos donde se ha admitido esta posibilidad como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de mayo del 2017 y autores que la defienden como F.J. Cordón Moreno «La prejudicialidad civil en el arbitraje», *Gómez-Acebo&Pombo*, accesible en [<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/La-prejudicialidad-civil-en-el-arbitraje.pdf>], si bien, evidentemente, hay que atender al caso concreto.

Ver Texto

(14) [<https://www.leihoa.info/es/leioa-eu/la-ute-Pinosolo-debe-devolver-al-ayuntamiento-la-indemnizacion-cobrada/>].

Ver Texto

(15) AAP n.º 123/2012 de 12 abril.

Ver Texto

NOTAS



Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de procedibilidad

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 4ª de 30 de abril de 2021

The alternative methods of dispute resolution as a requirement of procedibility (Judgment of the 4th Provincial Court of Malaga of April 30, 2021)

La SAP Málaga 4ª 30 abril 2021 tiene el mérito de reflexionar acerca de la necesidad de ampliar el campo de la mediación a las actividades preprocesales en su conjunto, como un requisito de carácter general que abra las puertas a un posible acuerdo evitando el proceso. El magistrado ponente se hace eco de las ventajas que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia puede deparar en el futuro como presupuesto para la determinación de las costas en aplicación del art. 395 LEC. Unas ventajas indudables que no están exentas de críticas.



Ana Fernández Pérez

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Alcalá

I. NECESIDAD DE AMPLIAR EL CAMPO DE LOS ADR A LAS ACTIVIDADES PREPROCESALES EN SU CONJUNTO

1. Existe cada vez mayor unanimidad en considerar como estrategia adecuada el empleo con carácter previo a la solución jurisdiccional o a la arbitral de un método alternativo de solución de controversias (1), que promueva un acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones sin la necesaria función resolutoria inherente a dichas soluciones. Destaca la denominada *pre-suit mediation* a la demanda ante el juez (o ante un árbitro) como una forma de evitar los costes del litigio a partir de un acuerdo entre las partes de intentar resolver su controversia acordando participar voluntariamente en una mediación entre ellas. Sus ventajas son numerosas e incluyen, aparte de la confidencialidad, no sólo el ahorro de tiempo y recursos considerables, sino los problemas inherentes a una confrontación judicial pues con la mediación, las partes son libres de dar un paso atrás y discutir su controversia con menos tensión con el propósito de encontrar una solución y en el caso de que ésta no se alcance puede mejorar el proceso contencioso al centrarse mejor las partes en sus pretensiones tras su experiencia en la fase anterior. Bien entendido que para adentrarse en esta estrategia debe quedar constancia que ambas o todas las partes y los abogados están dispuestos a buscar una pronta resolución del conflicto.

2. En España tradicionalmente se han identificado las hipótesis de este tipo con la de conciliación previa, «un método autocompositivo de solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, en el que las partes, a través de la intervención de un tercero, evitan el nacimiento (...) a un litigio entre ellas surgido» (STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4). Se configura como un acto preparatorio del juicio que a diferencia de otros como las diligencias preliminares, la anticipación de la prueba, el aseguramiento de la prueba y las medidas cautelares presenta la peculiaridad que trata de evitar el proceso contradictorio por el coste que ello comporta. Hoy día junto a la tradicional conciliación existen otros mecanismos (ADR) que cumplen una función similar, al poner el acento en la capacidad negociadora de las partes, destacando entre ellos la mediación.

Aunque en la actualidad desde los múltiples colectivos decididamente partidarios del empleo de los ADR se repiten estas ventajas, debe recordarse que ésta no es una experiencia desconocida de los códigos procesales de los países de nuestro entorno y también que fue sucesivamente eliminada de los mismos por su carácter dilatorio e ineficaz. Un buen ejemplo lo encontramos en España con la conciliación configurada como un auténtico presupuesto procesal de la demanda en los arts. 460 y 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, preceptos que experimentaron diversas vicisitudes legislativas. De acuerdo con ellos, el acto de conciliación resultaba obligatorio y era un requisito previo de admisibilidad de la demanda, pero ante la realidad constatada de que el acto de conciliación obligatorio se había convertido en un formalismo más que demoraba innecesariamente el proceso, siendo muy escasos los acuerdos que se alcanzaban en la práctica, el legislador optó mediante la reforma de la LEC de 1984 por eliminar su obligatoriedad (2).

Por el momento en el ámbito civil la puesta en marcha de alguno de los métodos alternativos de resolución del litigio no es un requisito de procedibilidad ante la jurisdicción civil. Las denominadas actividades pre-procesales pueden tener carácter «obligatorio», cuando se imponen como condición previa para ejercitar la acción e iniciar el proceso, y carácter «voluntario» si se concretan en una serie de actos efectuados voluntariamente ante un órgano judicial con carácter previo a un proceso con objeto de facilitar el ejercicio de la acción (3). Pero dentro de estas actuaciones la LEC no contempla

por el momento la eventualidad de aquellas tendentes a evitar el litigio, limitándose el art. 395.2º LEC, a propósito de la fijación de la condena en costas en caso de allanamiento, a considerar la existencia de «mala fe (...) si se hubiera iniciado procedimiento de mediación» o dirigido contra el demandado solicitud de conciliación.

3. La SAP Málaga 4ª 30 abril 2021 tiene el mérito de reflexionar, en una operación de este tipo, acerca de la necesidad de ampliar el campo de la mediación a las actividades preprocesales en su conjunto, como un requisito de carácter general

«... dado que el legislador pretende motivar a los operadores jurídicos para evitar el proceso confrontativo, agotando todos los medios autocompositivos (negociación entre letrados, mediación, conciliación, arbitraje, dictamen vinculante de especialista etc.), debiendo recordarse a este respecto que si bien la reclamación previa o intentar alguno de los métodos alternativos de resolución del litigio de los indicados no es actualmente un requisito de procedibilidad»

Y añade que esta eventualidad requiere una mínima actuación preprocesal, como la que representa la reclamación extrajudicial, que abra las puertas a un posible acuerdo evitando el proceso. Como puede observarse de este *obiter dictum* el magistrado ponente se hace eco de las ventajas que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (4) puede deparar en el futuro como presupuesto para la determinación de las costas en aplicación del art. 395 LEC.

Del enunciado de la sentencia se desprenden dos cuestiones de consideración autónoma, lo cual no excluye su empleo cumulativo: la obligatoriedad de los ADR con carácter previo al proceso (II) y su virtualidad para modelar el régimen general de costas (III).

II. ÁMBITO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS ADR CON CARÁCTER PREVIO AL PROCESO AL PROCESO

4. Se están realizando en estos momentos docenas de estudios sobre el alcance que una innovación tan radical en nuestro sistema judicial y, dejando a un lado los claramente partidarios y laudatorios, debe reconocerse que no es de unánime acogida por la judicatura española como pone de relieve el informe al Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia de abril de 2021, elaborado el 22 de julio de 2021 por el Consejo General del Poder Judicial que advierte, en primer lugar, del peligro inherente al diseño de un régimen de solución de conflictos previo a la jurisdicción al colocar a esta en un segundo escalón, con el riesgo de ver degradada su función constitucional, cuya relevancia se relativiza presentándose como remedio de último recurso, lo que lleva aparejada la peligrosa idea de la ineficiencia e ineficacia de la vía y la respuesta jurisdiccional (5). Insiste, en segundo lugar, en el fracaso de la existencia durante más de cien años del mecanismo de la conciliación previa fijado por la LEC/1881. Por último, avisa del riesgo derivado de que la exigencia legal de un previo ADR se convierta en un mero trámite burocrático o un formulismo anterior al acceso a la jurisdicción.

Con independencia del carácter corporativo y poco objetivo que pueden entrañar estas dos críticas,

la cuestión no está exenta de problemas.

La Sentencia se hace eco de las ventajas que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia puede deparar en el futuro como presupuesto para la determinación de las costas en aplicación del art. 395 LEC

5. La más extendida atañe a su carácter obligatorio. Existe unanimidad en orden a la posibilidad de «alentar» a las partes a su práctica, pero no la hay respecto a la actitud que debe adoptarse ante la negativa de una parte renuente por parte del tribunal que al final acabe entendiendo del asunto. Y también está muy extendida la opinión según la cual la exigencia de una mediación previa no tiene por qué ser susceptible de obstaculizar el libre acceso a la justicia, puesto que el proceso no impide que luego se pueda recurrir efectivamente a los tribunales de justicia en el evento que la mediación fracase. La SAP de Málaga que aquí se comenta apunta claramente en ambas direcciones. Pero también cabe apreciar cómo la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial previo puede afectar tanto a la eficacia de la medida, como al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (6) . En el primer caso, como afirma S. Barona Vilar, «convertir la mediación en obligatoria es perder la esencia de la misma» y «hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar» (7) . En el segundo caso, es cierto que una resolución más rápida y menos costosa de los litigios y una disminución de la carga de trabajo de los tribunales deben considerarse como objetivos legítimos siempre que reúnan una serie de características.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido el mérito de detallar estas características: a) que el resultado de dicho procedimiento extrajudicial no sea vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecte a su derecho a un recurso judicial; b) que el procedimiento extrajudicial no implique, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; c) que la prescripción de derechos se interrumpa durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial; d) el procedimiento extrajudicial no ocasione gastos significativos; e) que la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) que permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales (8) . Y el Tribunal de Luxemburgo insiste en que «lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial» (9) .

En los distintos países en los que se ha establecido la obligación previa al proceso de activar un MASC se ha optado por un modelo de obligatoriedad mitigada, esto es, la obligatoriedad se ha circunscrito a un conjunto delimitado de materias respecto de las que el legislador ha estimado que por su naturaleza son más idóneas para la conciliación o negociación concebida para evitar el proceso. El Anteproyecto de ley de impulso de la mediación de 2019 (10) optó, también, por un

modelo de obligatoriedad mitigada del intento de mediación como requisito previo al inicio de un proceso declarativo en un conjunto de casos (asuntos de familia, sucesiones, responsabilidad por negligencia profesional, división judicial de patrimonios, alimentos entre parientes, derechos reales).

III. CONDICIONAMIENTO EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS COSTAS

6. Pese a reconocer que los procedimientos extrajudiciales previos no tiene por el momento carácter obligatorio, la sentencia de la Audiencia de Málaga comentada acude a su concurso a la hora de determinar las costas derivadas del art. 395 LEC constatando que en el caso no se ha acreditado prueba alguna de la actuación preprocesal desplegada por la parte actora tendente a la evitación del proceso que mostrase una actuación diligente de la parte tendente a la evitación del proceso (11) . Y para el Tribunal dicha prueba podría venir de dos actuaciones. De un lado, «la propuesta a la contraparte de acudir a alguno de los métodos alternativos de resolución» y, de otro lado, «la negociación entre letrados».

Pese a no admitirlo en el caso juzgado la sentencia reconoce el valor del incentivo, al igual que lo hace el Anteproyecto de 2021, que para evitar la utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación, ha conferido una nueva redacción de los arts. 394 y 395 de la LEC introduciendo modificaciones a las reglas generales de imposición de costas con la finalidad de incentivar los ADR. Así, en caso de vencimiento total, la parte ganadora no tendrá derecho a las costas si hubiera rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negociadora, mediación o cualquier otro ADR al que hubiera sido efectivamente convocada. En el supuesto de vencimiento parcial, se podrá condenar al pago de las costas a la parte que no haya acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro ADR. La opción del anteproyecto por sumar a la obligatoriedad del intento de ADR a la valoración de la conducta de las partes a los efectos de la imposición de costas pone de manifiesto su interés por que las partes no se sustraigan al empleo de los dos escalones. Ciertamente, una operación de este tipo puede tener un importante efecto disuasorio para evitar subir al escalón jurisdiccional.

IV. ¿Y QUÉ DECIR DEL ARBITRAJE?

7. Hasta aquí hemos examinado la dimensión jurisdiccional. Pero muchas de las consideraciones vertidas son válidas y la orientación de la práctica muy similar (12) como muestran muchos instrumentos reguladores prevén un procedimiento de transacción autónomo por el cauce de la mediación (13) , siendo la ejecución acelerada de un acuerdo de transacción mediado un instrumento importante para las partes, especialmente en las controversias internacionales (14) . Pero, al margen de lo anterior, particularmente en determinados litigios como construcción e ingeniería, se contempla el empleo de diversos ADR, frecuentemente con carácter obligatorio, como requisito previo a la tramitación del proceso arbitral (15) (*v.gr.* med-arb). es, el recurso a ciertos ADR como requisito previo al arbitraje que promuevan un acercamiento de posiciones o propuesta de soluciones sin la necesaria función resolutoria inherente a este último (16) . Como es bien sabido, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a los ADR

autocompositivos (17) , desde el momento en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia. No pueden desconocerse las múltiples críticas contra la formalidad, costo y demora inherentes a muchos arbitrajes comerciales internacionales de los que se ha dicho, a partir de la figura retórica del vino desalcoholizado, que se han convertido en una parodia de los procesos judiciales, pero sin el poder inherente a estos últimos (18) . Además, frente al carácter más rígido y multifuncional de las cláusulas de arbitraje, se reclama dar mayor oportunidad a las partes de adaptar el régimen de solución de controversias futuras a sus necesidades particulares y a las propias características donde se inserta. Por eso 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 (19) .

Frecuentemente desarrolladas en la práctica alemana o suiza, las ventajas de la utilización de semejantes técnicas, a partir de las denominadas cláusulas escalonadas multifunción (20) , son muy variadas pero tienen un denominador común: alcanzar la solución al litigio de la forma más rápida con el menor coste económico y, en caso contrario, poner en marcha el procedimiento arbitral. Baste comprobar que varios centros de arbitraje han establecido reglas de este tipo, alentando a que se inserten al lado de las clásicas cláusulas de arbitraje, para que operen con carácter previo (21) . No puede ignorarse, sin embargo, que la complejidad de estas cláusulas puede dar lugar a diversas situaciones patológicas, principalmente si las partes se niegan a cooperar, o a la necesidad de resolver cuestiones incidentales al arbitraje por ciertas incertidumbres que pueden acarrear.

8. La posibilidad de forzar el acuerdo, sobre todo en el arbitraje institucional, como resultado de una táctica utilizada por la parte demandante en la etapa prearbitral sirve para llamar la atención del demandado. Consiste en presentar una solicitud de arbitraje y demostrando que la controversia va en serio y que se enfrenta ante un procedimiento cuya única manera de paralizarlo es llegar a un acuerdo urgente, antes de la primera audiencia, donde se evidencia de manera inequívoca que los contendientes nunca tuvieron auténtica intención de litigar. De esta suerte, las partes pueden aprovechar el breve, más bien el brevísimo, plazo establecido en los Reglamentos de los centros de arbitraje entre el momento del pago de los derechos de registro de la solicitud de arbitraje, relativamente bajos, y la provisión de fondos (22) .

Cada vez es más frecuente que las partes traten de resolver la controversia por la vía de la negociación, entendida como un esfuerzo mutuo y voluntario de éstas para resolverla amistosamente sin dar entrada a nadie que sea ajeno al asunto. Las ventajas de este mecanismo son suficientemente conocidas: carácter voluntario, económico, antiformalista y con mínimo riesgo para la parte que no esté satisfecha de cómo se desarrolla. No obstante, si tal operación fracasa y se descarta la opción jurisdiccional, como es bastante habitual, es factible recurrir, a otros mecanismos de solución de controversias. Si las partes en un litigio reciben el concurso de un tercero para solucionarlo, tal intervención suele calificarse con los términos de conciliación, mediación, dictamen neutral, mini-proceso o expresiones similares.

Como derivación de esta tendencia, en relación con ciertas materias, se contempla la conciliación / mediación, como requisito previo a la tramitación del proceso jurisdiccional, proyectándose también esta tendencia en el arbitraje. Las ventajas del empleo de técnicas de este tipo son muy variadas pero tienen un denominador común: alcanzar la solución al litigio de la forma más rápida con el menor coste económico posible

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., «La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (F.P. Blasco Gascó, coord.), vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanc, 2011, pp. 227-250.

BERTRAND, E., «Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?», *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n.º 2, pp. 133-141.

CAO, L., «Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 9, n.º 3, 2006, pp. 84-93.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Madrid, Iurgium, 2014.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Presentación», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 30

GOMM FERREIRA DOS SANTOS, M., «The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. X, n.º 38, 2013, pp. 9 ss.

HARPOLE, S.A., «The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n.º 6, 2007, pp. 623-633.

JORROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, pp. 179-197.

LIÉBANA ORTIZ, J.R., «jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 9, 2011, pp.147-164.

MARTÍN DIZ, F., *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

PUNZI, C., «Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti», *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385-409.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., «La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho de tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional violación de aquel derecho», *Temas Laborales*, n.º 62, 2001, pp.127-154.

SAAVEDRA GUTIÉRREZ, M., «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación», *InDret*, 2/2019

SANTOS MARTÍNEZ, A.M., «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2105, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 38, 2016.

SA-TO, Y., «Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation», *Legal Discourse Across Cultures and Systems* (V.K. Bhatia, C.N. Candlin y J. Engberg, eds.), Hong Kong, Hong Kong University Press, 2008, pp. 53-74.

SCHNEIDER, M.E., «Combining Arbitration with Conciliation», *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* (A.J. van den Berg, ed.), Kluwer Law International, 1998, pp. 57-100 .

TANG, H., «Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545-455.

TORRE SUSTAETA, M.V., «La mediación obligatoria redefiniendo los métodos alternativos de solución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 9853, 2021.

VAN DER HAGEN, M., «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n.º 2, pp. 255-272.

ZEKOLL, J., *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

.....

(1) M.A. Fernández Ballesteros, *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Madrid, Iurium, 2014.

Ver Texto

(2) La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confirió al acto de conciliación carácter meramente facultativo incluyéndolo en la jurisdicción voluntaria y quedando fuera de la LEC. La actual regulación de la conciliación, viene recogida en el Título IX de la Ley 15/2015 (arts. 139-148) manteniéndose el carácter facultativo del modelo, a materias nuevas que, hasta ahora, eran

objeto de ir por vía judicial, como cuestiones relativas a las materias de sociedades (impugnación de acuerdos sociales, nombramiento de liquidador, convocatoria de Junta General de Accionistas, entre otras) abarcando también materias relativas a derechos de la persona (como cuestiones del derecho al honor o el ejercicio de derecho de rectificación previa a una querrela por injurias). Siguen estando dentro de las materias susceptibles de conciliación previa que evite la judicialización de una cuestión que mediante este instrumento tenía como finalidad evitar (art. 139 Ley 15/2015). *Vid.* J.R. Liébana Ortiz, «jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 9, 2011, pp.147-164; A.M. Santos Martínez, «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2105, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 38, 2016.

Ver Texto

- (3) Resulta de gran interés la SAP Salamanca 1ª 15 de enero de 2020 ECLI: ES:APSA:2020:13). *Vid.* I. Díez-Picazo Giménez sostiene que «es común a todas estas actividades previas al proceso que en ellas no se ejerce jurisdicción, no son actividades propiamente jurisdiccionales (...) Y en las diligencias preliminares y el acto de conciliación porque aunque son actividades judiciales, es decir, se realizan por y ante un tribunal, no tienen naturaleza jurisdiccional, es decir, se engloban dentro de la llamada jurisdicción voluntaria o, lo que es lo mismo, se trata de actividades encomendadas a los órganos judiciales donde no existe una verdadera controversia entre las partes». *Cf.* I. Díez-Picazo Giménez (y A. De la Oliva Santos), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, p. 256.

Ver Texto

- (4) [<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>].

Ver Texto

- (5) Informe al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, adoptado el 22 de julio de 2021, apartado n.º 21 y conclusión quinta [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>].

Ver Texto

- (6) *Vid.* M.V. Torre Sustaeta, «La mediación obligatoria redefiniendo los métodos alternativos de solución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 9853, 2021. En el ámbito administrativo considera F. Martín Diz que «el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva debe adaptarse a las fórmulas extrajudiciales que se están asentando en la realidad social» (*cf. Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi,, 2018, p. 42. Desde la perspectiva laboral *vid.* M.J. Rodríguez Crespo, «La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho de tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional violación de aquel derecho», *Temas Laborales*, n.º 62, 2001, pp.127-154.

Ver Texto

- (7) S. Barona Vilar, «La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (F.P. Blasco Gascó, coord.), vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanc, 2011, pp. 227-250, esp. pp. 245 y 246.

Ver Texto

- (8) La STJUE 18 de marzo de 2010, as. C-317/08, *Alassini*, ap. 62, considera que «los litigios principales, al supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales ejercitadas en materia de servicios de comunicaciones electrónicas a la realización de una tentativa de conciliación obligatoria, la normativa nacional controvertida introduce una etapa adicional para el acceso a la justicia. Este requisito podría afectar al principio de tutela judicial efectiva». Y con carácter más contundente, la STJUE de 14 de junio de 2017, as. C-75/16, *Menini y Rampanelli*, ap. 61, declara que : «la exigencia de un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva si concurren determinados requisitos que compete examinar al juez nacional. Tal es el caso, en particular, cuando dicho procedimiento. *Vid.* El Blog de José Carlos Fernández Rozas, 14 junio 2017, «Normativa nacional que establece la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial» [<https://fernandezrozas.com/2017/06/14/normativa-nacional-que-establece-la-obligatoriedad-de-la-mediacion-con-caracter-previo-al-ejercicio-de-la-accion-judicial/>]

Ver Texto

- (9) *Ibid*, ap. 51. *Vid.* J. Sánchez Calero Guilarte blog «Mediación previa en litigios promovidos por consumidores », 14 julio 2017 [<http://jsanchezcalero.com/mediacion-previa-litigios-promovidos-consumidores/>]

Ver Texto

- (10) [<https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>]. *Vid.* M. Saavedra Gutiérrez , «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación», *InDret*, 2/2019.

Ver Texto

- (11) SAP Barcelona 15ª 18 abril 2018: «El art. 395 LEC objetiva la presencia de mala fe en el caso de que antes de ser presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago. La finalidad perseguida por la norma no es otra que evitar la condena en costas del allanado cuando con anterioridad a la presentación de la demanda no haya tenido ocasión de conocer o de cumplir la prestación objeto de la misma por no haber recibido reclamación extrajudicial alguna o por cualquier otro motivo legítimo» (ECLI:ES:APB:2018:2821).

Ver Texto

- (12) La parte demandante no pudo albergar duda alguna de que la mediación previa había fracasado y de que se iniciaba la fase de arbitraje (STSJ La Rioja CP 1ª 27 julio 2018, ECLI:ES:TSJLR:2018:379)

Ver Texto

(13) Por ejemplo, el art. 18 Ley Modelo de la Uncitral sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la Uncitral sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002) establece que si las partes llegan a un acuerdo sobre la solución de la controversia, redactarán y firmarán un acuerdo de solución por escrito. Y, al igual que en el arbitraje, las partes pueden desear dotar a su acuerdo resultante de la mediación de una ejecutoriedad adicional para evitar la necesidad y el gasto de demandar el acuerdo de transacción cuando la otra parte no lo cumple. La ejecución acelerada de un acuerdo de transacción mediado puede ser importante para las partes, especialmente en las controversias internacionales. El art. 15 LMMCIU considera la posibilidad de establecer carácter vinculante y ejecutabilidad de los acuerdos de transacción art. 17) y en la misma dirección se sitúa el art. 25.3º Ley 5/2012, de 6 de julio. de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

[Ver Texto](#)

(14) A tal efecto debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 20 diciembre 2018, abierta a la firma en Singapur el 7 agosto 2019. Concretamente, su art. 1.3º b) determina que la Convención no será aplicable a «los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal».

[Ver Texto](#)

(15) M.E. Schneider, «Combining Arbitration with Conciliation», *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* (A.J. van den Berg, ed.), Kluwer Law International, 1998, pp. 57-100; H. Tang, «Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545-455; L. Cao, «Combining Conciliation and Arbitration in China: Overview and Latest Developments», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 9, n.º 3, 2006, pp. 84-93; S.A. Harpole, «The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n.º 6, 2007, pp. 623-633; Y. Sa-To, «Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation», *Legal Discourse Across Cultures and Systems* (V.K. Bhatia, C.N. Candlin y J. Engberg, eds.), Hong Kong, Hong Kong University Press, 2008, pp. 53-74; M. Gomm Ferreira Dos Santos, «The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. X, n.º 38, 2013, pp. 9 ss.

[Ver Texto](#)

(16) E. Bertrand, «Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?», *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n.º 2, pp. 133-141; C. Punzi, «Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti», *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385-409. Asimismo, *vid.* Ch. Jorrosson, *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, pp. 179-197. Como afirmase una Sentencia de 19 junio 2013 de la High Court de Irlanda en el asunto John G Burns v. Grange Construction and Roofing Co Ltd [(2013) IEHC 284, párrafo 4 [<http://pneumodynamics3.rssing.com/browser.php?indx=3371469&item=57>]: «it would be infinitely preferable if the dispute between the applicant and the respondent was resolved by some process of alternative dispute resolution, rather than by litigation...».

[Ver Texto](#)

(17) Ch. Jarrosson, «Les frontières de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2001, pp. 5-41.

[Ver Texto](#)

(18) Vid. un examen crítico comparativo en J. Zekoll, *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014.

[Ver Texto](#)

(19) A. Fernández Pérez, «Presentación», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 30

[Ver Texto](#)

(20) A. Fernández Pérez, «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124.

[Ver Texto](#)

(21)

M. Van der Hagen, «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n.º 2, pp. 255-272. Tal es el caso de la CCI, que aprobó el Reglamento ADR, en vigor desde el 1 julio 2001, junto con la Guía ADR y, posteriormente, el Reglamento de mediación entró en vigor el 1 enero 2014. Y lo mismo puede decirse de la Cámara de Comercio de Milán que ofrece una cláusula tipo de semejante tenor.

[Ver Texto](#)

(22) M. Van der Hagen, «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n.º 2, pp. 255-272. Tal es el caso de la CCI, que aprobó el Reglamento ADR, en vigor desde el 1 julio 2001, junto con la Guía ADR y, posteriormente, el Reglamento de mediación entró en vigor el 1 enero 2014. Y lo mismo puede decirse de la Cámara de Comercio de Milán que ofrece una cláusula tipo de semejante tenor.

[Ver Texto](#)

El laudo «vale o no vale»: la función del TSJ se agota en determinar si se ha identificado una tacha que impida su validez

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía CP 1ª de 11 de mayo de 2021

La decisión que comentamos confirma el buen criterio con que la sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía aborda los recursos de anulación de laudos arbitrales. En el presente caso los motivos de anulación eran, fundamentalmente, de orden procesal, si bien se impugnaba asimismo la motivación del laudo.



Sixto Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Granada

Antes de analizar puntualmente el tratamiento de cada uno de los motivos por el TSJ, no está de más reparar en una afirmación previa con la que el TSJ enmarca su entendimiento del recurso de anulación contemplado en el art. 41 LA. Por una parte, enfatiza el carácter no revisorio en cuanto al fondo del recurso:

«No se trata de 'comparar' las razones ofrecidas por la parte demandante con las razones que motivaron el sentido del laudo, a fin de determinar si ha de corregirse o 'revocarse'. El laudo 'vale o no vale': la función de la Sala se agota en determinar si se ha identificado una tacha que impida su validez».

Por otra, señala una interesante cautela por parte del tribunal frente a lo que llama un «análisis microscópico» que habitualmente proponen los solicitantes de anulación de un laudo

«... seleccionando y amplificando determinados detalles del mismo, desconectados del conjunto que integran, para abrir un espacio delimitado de discusión crítica con el laudo. Seguramente ello es inevitable, por cuanto es condición para que prospere una acción de nulidad el identificar con precisión la concurrencia de una causa concreta de nulidad. Con todo, corresponde a la Sala enmarcar ese 'espacio de discusión crítica' delimitado por la parte demandante con la perspectiva que es propia de esta acción revisora, que no es determinar si existían alternativas decisorias más razonables, sino si el laudo merece o no producir los efectos que le son propios: el efecto de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva, como equivalente a una sentencia firme».

Con esa perspectiva amplia y global del laudo el TSJ analiza cada uno de los motivos de nulidad. El primero de ellos invocaba la vulneración de las normas de procedimiento acordadas por las partes, al no ser respetadas por el árbitro las reglas que establecían el orden acordado para la proposición, admisión y práctica de la prueba. El TSJ da por buenos los motivos por los que el árbitro procedió a una aplicación lógica y flexible de las reglas pactadas, adaptadas a las exigencias de la controversia. En este punto se ampara el TSJ en la libertad que tiene el árbitro no solo para apreciar la admisibilidad y el resultado de la práctica de las pruebas, sino para proponer otras. En concreto, estima razonable que el árbitro pueda decidir sobre la admisibilidad y práctica de una prueba a la luz del resultado de la práctica de pruebas inicialmente admitidas en el período ordinario y, al mismo tiempo, proponer posteriormente pruebas que inicialmente habían sido inadmitidas, al considerarlas útiles para esclarecer los hechos controvertidos:

«Así habría sido, por ejemplo, si la declaración de los testigos sobre la existencia de una caja B societaria hubiera resultado inexpresiva, contradictoria o francamente insuficiente: en tal caso, probablemente la Sra. Árbitro habría considerado conveniente la aportación de testimonios prestados en otro procedimiento, o de la grabación de una conversación habida fuera de todo proceso, para acabar de decantarse. Ninguna indefensión puede predicarse como consecuencia de esta decisión que en sí misma es razonable dada la naturaleza de las pruebas propuestas. Y, desde luego, no es asumible el argumento de que las pruebas propuestas por las partes no puedan tornarse ulteriormente en prueba acordada de oficio por la Sra. Árbitro».

Con buen criterio, el TSJ hace una interpretación funcional del respeto a las normas procedimentales acordadas por las partes en clave de los derechos de defensa o, dicho de otra manera, analiza la conducta del árbitro en términos de razonabilidad procesal, sustancial y no formal

El TSJ aborda aquí una cuestión práctica que con frecuencia se suscita durante el procedimiento arbitral. Conforme a los reglamentos institucionales y, en particular, a las actas de misión en que las partes precisan las reglas de procedimiento, es habitual que se contemple un procedimiento de proposición de prueba ordinaria en los escritos procesales y un procedimiento extraordinario a la luz de estos escritos. Los árbitros tienen libertad para resolver sobre la admisibilidad y la práctica de

tales pruebas, siempre sobre criterios equitativos y fundados. Pero suelen olvidar las partes que también los árbitros conservan la potestad de ordenar la práctica de las pruebas no propuestas por las partes o que han sido inadmitidas en una fase procesal anterior. El TSJ reconoce una flexibilidad que es imprescindible para el buen fin del arbitraje. Una aplicación rígida e inflexible del calendario procesal o de las reglas pactadas sobre prueba repercute a menudo de forma negativa en el procedimiento arbitral e impide al árbitro alcanzar la debida convicción sobre los hechos controvertidos. De ahí que el árbitro deba gozar de un margen de flexibilidad para poder adaptarse a las demandas procesales del caso. Con buen criterio, el TSJ hace una interpretación funcional del respeto a las normas procedimentales acordadas por las partes en clave de los derechos de defensa o, dicho de otra manera, analiza la conducta del árbitro en términos de razonabilidad procesal, sustancial y no formal. Se aprecia ya en la respuesta a este primer motivo el sentido con que el TSJ rechazaba una visión «microscópica».

Criterios muy parecidos llevan al TSJ a rechazar el motivo que impugnaba la decisión del árbitro de inadmitir determinadas pruebas solicitadas por las partes. Se trata de una competencia exclusiva de los árbitros que puede obedecer a criterios de oportunidad y que debe ser medida en términos asimismo sustantivos de razonabilidad. Solo en aquellos casos en que *ex ante*, es decir, al decidir sobre su admisión, resulte evidente que tal prueba era necesaria para suministrar certeza sobre un aspecto esencial y que, *ex post*, la ausencia de tal prueba provocó una imposibilidad para una parte de hacer valer un determinado hecho imprescindible para su defensa o para una determinada motivación del laudo, cabe considerar una vulneración por parte del árbitro susceptible de justificar la anulación del laudo. Analizadas en concreto las pruebas invocadas por el solicitante, el TSJ no haya motivo razonable para estimar que se dan tales condiciones en el caso analizado.

Rechaza igualmente el TSJ el argumento referido a una presunta apreciación y valoración de la prueba arbitraria por parte del árbitro. Estima el TSJ que «el examen de la motivación del laudo sobre cada uno de estos puntos señalados en la demanda ahuyenta de manera abrumadora cualquier duda sobre si la valoración del material probatorio». No cae el TSJ en la propuesta microscópica ni entra en si tal valoración es más o menos acertada. Le basta con señalar su racionalidad a la luz de los elementos obtenidos en la práctica. El TSJ es consciente en este punto de que la valoración de la prueba es una cuestión íntimamente ligada a la motivación del laudo. En efecto, la exigencia de una motivación del laudo se extiende por igual a los argumentos de fondo como a los hechos probados, y para que exista tal motivación, como requisito de eficacia del laudo, es preciso descartar que sea irracional o arbitraria, no que tal motivación sea incorrecta. Tal es el análisis que hace el TSJ en relación con la apreciación de la prueba, pues comprueba que en el laudo «se exponen cabal y rigurosamente los términos de la controversia, sin simplificarla, reducirla o desfigurarla, lo que ya anuncia una completa inmersión de la Árbitro en el fondo de la controversia sin atajos ni prejuicios....», sin que haya «ninguna prueba relevante que no haya sido mencionada, considerada y analizada en el laudo», a la vez que se explican de forma ejemplar y minuciosa las conclusiones de los informes periciales y las pruebas testificales y documentales sobre los hechos que se consideran probados. Concluye el TSJ que la valoración de la prueba por la árbitro solo puede dar lugar a la anulación en caso de reflejar una clara arbitrariedad, similar al error patente, pues de otra manera se estaría invitando al TSJ a revisar dicha apreciación. Culmina su razonamiento el TSJ revelando con

elegancia que un recurso que se adentra en aspectos muy puntuales y en detalles muy precisos de la práctica de la prueba, omitiendo los razonamientos del laudo, muestra una visión microscópica poco compatible con lo que significa una revisión del laudo en anulación.

El TSJ culmina el rechazo del recurso con el análisis del motivo sustantivo de orden público, invocado al no haberse considerado la nulidad de un determinado incremento salarial. Aborda esta cuestión el TSJ perfilando la excepcionalidad del orden público, que debe provocar que la motivación implique que el laudo «sea inequívocamente contrario a un principio básico sustentador del ordenamiento jurídico, es decir, cuando resulte insoportable (el término aparece resaltado) (jurídicamente) dar fuerza ejecutiva y efecto de cosa juzgada a dicho pronunciamiento». Esto no acontece, a juicio del TSJ, por el mero hecho de que la interpretación de la árbitro no siga la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya intervención es buena muestra de que las Audiencias, sin vulnerar el orden público, pueden optar por interpretaciones diferentes. Observa el TSJ que en el laudo se argumenta la interpretación sustentada acerca de la nulidad del incremento retributivo y se explicita la finalidad de la norma controvertida. Es posible, indica el TSJ, que la interpretación de la árbitro pueda ser discutible, pero en modo alguno es irracional ni en este punto contraria «al orden público». Es pertinente y ejemplar la afirmación del TSJ de que

«... más allá de la conocida discusión sobre cuál es el contenido del orden público a que se refiere el art. 41 LA, y sobre si cualquier norma de derecho imperativo ha de tener esa consideración, es preciso insistir en que el concepto de 'vulneración' o 'contravención' del orden público no puede equipararse a una aplicación discutible de la norma imperativa. No hay vulneración cuando la norma ha sido expresamente considerada y ha servido como premisa del razonamiento, proponiéndose una interpretación que no quepa tachar de claramente apartada de los cánones habituales de la hermenéutica jurídica, como sin duda es el caso».

Ojalá la sentencia del TSJ de Madrid de Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª) n.º 27/2021, de 4 de mayo de 2021, dictada una semana antes, hubiese tenido en cuenta esta apreciación para resolver acerca de la interpretación de las normas imperativas europeas sobre el Derecho de la competencia suministrada por el tribunal arbitral. Concluye el TSJ que estas afirmaciones son aún más claras cuando se trata de un arbitraje de equidad, en el que, aunque no «pueda prescindirse de las normas imperativas... el test de conformidad con el orden público ha de atender muy particularmente a las singularidades del caso».

Respecto de este último motivo, resuelve el TSJ la cuestión tal y cómo se la plantean. En realidad, tras la invocación del orden público se hacía valer la falta de motivación del laudo. Como se ha señalado, sobre todo a partir de las últimas decisiones del Tribunal Constitucional, una ausencia de motivación o una motivación irracional del laudo no debería ampararse en el motivo de orden público, sino en una vulneración de las normas acordadas en el procedimiento arbitral, en la medida en que requiera dicha motivación. En todo caso, el canon para medir la irracionalidad de la motivación del laudo es el mismo con el que se mide la motivación de una decisión judicial, esta vez sí por razones de orden público y sobre la base del art. 24 de la Constitución, por lo que «se non è vero, è ben trovato».

Last but not least, cabe resaltar no solo el impecable razonamiento del TSJ de Andalucía, cuyo ejemplo debería cundir en otros lares, sino también la calidad de su prosa. Parece inevitable, si se repara en que el ponente es, además de académico y juez, un novelista acreditado.

La prejudicialidad penal en los procedimientos arbitrales

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía CP 1ª de 17 de junio de 2021

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó una sentencia el 17 de junio de 2021 mediante la que desestimó una demanda de nulidad del laudo fundamentada en la desestimación por parte del árbitro de la prejudicialidad penal planteada por una de las partes.



Fabio Virzi

Abogados de Cases & Lacambra



Laura Martín

Abogados de Cases & Lacambra

I. INTRODUCCIÓN: RESUMEN DE LA CONTROVERSIA OBJETO DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA NÚMERO 12/2021, DE 17 DE JUNIO

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante, el «TSJ de Andalucía») número 12/2021, de 17 de junio, trae causa del procedimiento arbitral iniciado por Inversiones Aligoan, S.A. (en adelante, «Aligoan») contra Inversiones EL Pinotar 2008, S.L. (en adelante,

«Pinotar»).

Como veremos, en el seno de ese procedimiento arbitral, Pinotar solicitó que se suspendiera el referido procedimiento penal por haber presentado una querrela (que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción nº5 de Córdoba) por falsedad documental del convenio arbitral.

No obstante, el árbitro decidió no suspender el procedimiento arbitral y dictó un laudo resolviendo la controversia suscitada entre las partes.

Ante esta situación, Pinotar presentó una demanda de nulidad del laudo arbitral ante el TSJ de Andalucía, el cual dictó una sentencia en fecha 17 de junio de 2021 desestimando íntegramente todas las pretensiones de la referida demanda.

II. LA PREJUDICIALIDAD PENAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la prejudicialidad penal se encuentra regulada en el art. 40 LEC, en el art. 114 LECrim y en el art. 10.2º LOPJ.

No obstante, en la Ley de Arbitraje no se establece ninguna previsión sobre esa cuestión. Ello no significa que la prejudicialidad penal no sea aplicable a los procedimientos arbitrales. Todo lo contrario, nuestra jurisprudencia ha admitido de manera prácticamente unánime la posibilidad de suspender un procedimiento arbitral por prejudicialidad penal pues esa cuestión es de orden público.

A modo de ejemplo, citamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n.º 10/2019, de 22 de marzo, que establece que:

1. «La aplicación y efectos expuestos de la cuestión prejudicial penal al procedimiento penal resulta incuestionable».
2. Asimismo, debemos tener en cuenta que, para apreciar la suspensión por prejudicialidad penal, tanto en un procedimiento civil como en un procedimiento arbitral, deben concurrir dos requisitos:
3. Que exista una causa criminal en la que se estén investigando alguno o algunos de los hechos que fundamenten las pretensiones de las partes en el procedimiento civil (en la jurisdicción ordinaria o en un procedimiento arbitral); y
4. Que esa causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la decisión que deba adoptarse en el asunto civil.

Así, lo ha determinado nuestro Tribunal Supremo estableciendo que

«... el art. 40.2º LEC no sólo exige, en el apartado 1º, la existencia de una causa criminal por unos hechos de apariencia delictiva que fundamenten las pretensiones del proceso civil, sino también, en el 2º, que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil» (sentencia de 4 de abril

de 2013, recurso nº73/2011

En resumen, la prejudicialidad penal está regulada en nuestro ordenamiento jurídico como una situación excepcional limitada a aquellos supuestos en los que la decisión del tribunal penal pueda tener una influencia decisiva en el fondo de otro procedimiento.

La concurrencia de estos requisitos debe ser probada por la parte que solicite la suspensión debiendo acreditar la existencia de un procedimiento penal y fundamentar debidamente la conexión entre ambos procedimientos, así como su influencia decisiva.

La decisión de no suspender un procedimiento arbitral cuando concurren los requisitos exigidos legalmente no determina de manera automática la nulidad del laudo arbitral

Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, la falta de suspensión de un procedimiento arbitral, a pesar de que concurren los requisitos mencionados en los párrafos anteriores, no significa necesariamente la nulidad del laudo, tal y como concluye la resolución que se analiza en este documento.

III. ANÁLISIS REALIZADO SOBRE LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, NÚMERO 12/2021, DE 17 DE JUNIO.

El caso enjuiciado por el TSJ de Andalucía en su sentencia n.º 12/2021, de 17 de junio de 2021, trae causa de los siguientes hechos:

- Aligoan interpuso una demanda arbitral en fecha 18 de abril de 2016 contra Pinotar.
- En su escrito de contestación a la demanda, Pinotar alegó, ente otras cuestiones, que el documento contractual en el que se incorporó la cláusula de sumisión a arbitraje era falso. Por ello, solicitó la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad penal.
- Con la finalidad de probar la falsedad documental alegada, Pinotar solicitó la práctica de prueba pericial —que fue denegada— y acreditó la interposición de una querrela que fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Córdoba.
- No obstante, el árbitro único decidió no suspender el procedimiento arbitral y dictó laudo en fecha 9 de febrero de 2016.
- A la vista de lo anterior, Pinotar presentó una demanda de nulidad del laudo alegando que el mero hecho de alegar la falsedad documental y acreditar la presentación de una querrela por este motivo, debería haber propiciado la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad penal.

- Ante esta situación, y con carácter previo a dictar sentencia con respecto de la nulidad interesada por Pinotar, el TSJ de Andalucía sí decidió suspender el procedimiento de nulidad del laudo por prejudicialidad penal porque, a su entender, la vinculación entre el arbitraje y el procedimiento penal era clara y evidente. Y ello porque de haberse estimado el delito de falsedad documental, el árbitro no habría sido competente para pronunciarse sobre la cuestión planteada.
- Posteriormente, el Juzgado de Instrucción nº5 de Córdoba decidió archivar esa causa criminal, motivo por el que el TSJ de Andalucía decidió alzar la suspensión y analizar la demanda de nulidad, demanda que desestimó por carencia sobrevenida de interés legítimo (al haberse archivado el procedimiento penal).

A este respecto, el TSJ de Andalucía se remitió a las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 7 de diciembre de 2018, que en un caso similar estableció que

«... por más que pueda afirmarse que el árbitro debió suspender, en el momento de pronunciarse sobre la nulidad del mismo no existe ya interés legítimo alguno en privar de eficacia al laudo que, en definitiva, no ha resultado de manera contradictoria con la jurisdicción penal». Así, «una vez concluidas las actuaciones penales con sobreseimiento, carece de sentido alguno anular el aludo por no haber suspendido».

IV. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos concluir que la prejudicialidad penal es aplicable por analogía a los procedimientos arbitrales, siempre y cuando concurren los requisitos exigidos legalmente.

No obstante, la decisión de no suspender un procedimiento arbitral cuando concurren esos requisitos no determina de manera automática la nulidad del laudo arbitral.

Así, de conformidad con la sentencia del TSJ de Andalucía, de 17 de junio de 2021, no procede declarar la nulidad de un laudo cuando el procedimiento penal ya haya sido resuelto de manera absoluta, pues, en ese caso, el riesgo que se pretende proteger con la prejudicialidad penal (evitar resoluciones contradictorias), sería inexistente.

Por otro lado, en aquellos supuestos en los que se verifique la concurrencia de un procedimiento penal que tenga relación con el procedimiento arbitral y exista riesgo de resoluciones contradictorias, el árbitro debería suspender el arbitraje por prejudicialidad penal, de modo que, si no lo hace, el laudo podría ser declarado nulo.

En cualquier caso, corresponderá al árbitro ponderar la concurrencia de los requisitos exigidos para suspender un procedimiento arbitral por prejudicialidad penal.

Las prisas no compensan: La impugnabilidad de las órdenes procesales y del convenio arbitral

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª de 22 de junio de 2021

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechaza la pretensión de anular las órdenes procesales y el convenio arbitrales de un arbitraje administrado por la Corte de la CCI.



Blas Piñar Guzmán

Abogado, Árbitro, Mediador. Syndēresis legal

I. INTRODUCCIÓN. SIN LAUDO «NO HAY NADA QUE ANULAR»

Es objeto de comentario la Sentencia de la Sala de lo Civil (y Penal) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 46/2021, de 22 de junio de 2021, de la que es ponente D. David Suárez León. La resolución desestima la acción de anulación formulada por Baradi Distribuciones mayoristas, S.L. frente a ZTE España, S.L.U. en un arbitraje administrado por la Corte de la Cámara de Comercio Internacional.

Lo llamativo del caso reside en el objeto del intento de anulación. Se trata de los *terms of reference* o acta de misión, cinco órdenes procesales, el entero procedimiento arbitral y la misma cláusula arbitral de la que dimanaba el procedimiento. La actora invocaba dos causales de anulación, las consistentes en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral y la contrariedad con el orden público.

El laudo final del arbitraje, de 17 de noviembre de 2020, no había sido objeto de impugnación. La demanda rectora del proceso jurisdiccional había sido interpuesta el 29 de julio anterior. Aun así, llegó a ser aportado al procedimiento por la demandada ZTE. Mediante dicho laudo, el árbitro único D. Carlos González-Bueno Catalán de Ocón se había declarado incompetente por entender

inaplicables a la controversia tanto el convenio arbitral contenido en un contrato de 2014 como aquel de un borrador de contrato de 2017, condenando a ZTE al pago de las costas.

La Sentencia desestima la demanda de anulación por carecer del presupuesto objetivo de la acción, esto es, al no existir (al momento de interponerse la demanda) laudo arbitral. La Sala afirma categóricamente que «*no hay nada que anular*», pues:

«...sólo en el caso de que el tribunal arbitral se hubiera arrogado competencia a pesar de inexistencia de convenio arbitral, sería cuando concurriría el requisito previo e imprescindible para que, ex art. 40 LA, pueda interponerse acción de anulación...» (FJ 6º in fine).

La acción de anulación solamente puede ejercitarse frente a laudos, con o sin bifurcación del procedimiento, sean finales (o «definitivos», como equívocamente los denomina el art. 40 de la ley española de arbitraje [en adelante «LA»]) o parciales (art. 22.3º LA). La Sentencia comentada lo pone a las claras:

«Cuanto ha sucedido con la presente acción de nulidad es que Baradi, anticipándose a lo que debía llegarse en el laudo final [...] (e)jercita por ello una acción que, si bien debe entenderse admisible en determinados casos, pese a la dicción literal del art. 40 LA (que habla de laudos "definitivos" como aquellos susceptibles de la acción de nulidad), en el presente caso no lo es si tenemos en cuenta el texto del art. 22.3º [...]. En el presente caso, ningún laudo interlocutorio se ha dictado por la Corte Arbitral, sino que la estimación de la pretensión de ausencia de convenio arbitral válido ha sido adoptada por el tan citado árbitro en su laudo final, y que por ello, no ha sido objeto de nulidad en la presente demanda, presentada meses antes de que se adoptara tal decisión, y en la que, además, se le da la razón a la actora» (FJ 5º in fine).

II. LA (IN)IMPUGNABILIDAD DE LAS ÓRDENES PROCESALES... Y LA EXCEPCIÓN QUE CONFIRMA LA REGLA

La forma de laudo arbitral queda reservada a la «decisión de la controversia» (*vid.* art. 37.1º LA), sea en un solo laudo final o en varios laudos parciales «que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares» (EdM), siendo ambos tipos del mismo valor y de contenido invariable. La figura de la orden procesal surge de lo que queda fuera de ese cerco. No goza de reconocimiento explícito en la, pero su necesidad ontológica se desprende de la dicción literal de artículos como el 25.2º, el 35.2º, el 38.2º o el 28.

En efecto, la decisión por los árbitros de cuestiones como las reglas generales del procedimiento, la admisión de la prueba, la organización de la audiencia o el cierre de la instrucción revisten cierta solemnidad y a menudo requieren motivación, pero no por ello «deciden la controversia». Por eso suelen adoptarse bajo la forma de órdenes procesales. El reglamento de arbitraje de la Corte de la CCI, al que las partes del asunto objeto de la Sentencia comentada se sometieron, tampoco las prevé expresamente, como sí lo hacen los reglamentos de cortes españolas como el CIAM (art. 25.3º), la CAM (art. 21.3º), la CIMA (art. 42) o la CEA (art. 28.4º).

La decisión por los árbitros de cuestiones como las reglas generales del procedimiento, la admisión de la prueba, la organización de la audiencia o el cierre de la instrucción revisten cierta solemnidad y a menudo requieren motivación, pero no por ello «deciden la controversia».

Las órdenes procesales no se pueden impugnar, como tales, ante la jurisdicción. Ni siquiera el acta preliminar, acta de misión o primera orden procesal, por mucho que pueda reputarse una suerte de orden procesal cualificada al dar comienzo a las actuaciones arbitrales (tras la fase previa de formalización) y —conviene— sea suscrita también por las partes. Así lo considera Calvo Corbella:

«La realidad es que las órdenes procedimentales strictu sensu no son susceptibles de impugnación autónoma. La posibilidad que incumbe a las partes para oponerse a las referidas medidas se corresponderá con las manifestaciones que previamente a su adopción, a través de las conferencias, consultas o de las conversaciones que el tribunal pueda mantener con las partes, sean formalizadas o no, hubieran podido realizar, propugnando una solución u otra. [...] En el supuesto de que la irregularidad procedimental constituya una verdadera infracción del procedimiento, que afecte al derecho de defensa, la parte que hubiere puesto de manifiesto la infracción podrá, incluso, impugnar el laudo arbitral» (1) .

Cuestión distinta sería que un tribunal arbitral calificase como «orden procesal» o similar una decisión que, de conformidad con la Ley de Arbitraje, deba ser adoptada en forma de laudo, tratando de esa forma de evitar que la parte perjudicada pueda instar su anulación ante el Tribunal Superior de Justicia competente. El principio general de irrelevancia del *nomen iuris*, ordenado a la persecución del fraude de ley, debería operar ante y frente a un supuesto así.

Existe, no obstante, una notable excepción a la inimpugnabilidad de las órdenes procesales. Dispone el art. 23.2º LA que «(a) las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos». La ley española deja a la libertad de las partes (normalmente delegada a una institución) o de los árbitros si la decisión cautelar, sea dictada en el seno del arbitraje o previamente por un árbitro de emergencia, debe revestir la forma de laudo o de orden procesal. Fiel al criterio antiformalista, lo que incumbe al legislador es que tal tipo de decisiones sean susceptibles de anulación por las mismas causas que lo son los laudos, con independencia de que nominalmente lo sean. En consecuencia, las órdenes procesales que adopten o rechacen adoptar medidas cautelares sí son impugnables, al modo de los laudos.

III. LA IMPUGNABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

Explica la Sentencia objeto de comentario, al hilo de la impugnación del convenio arbitral en sí mismo, que Baradi exigía su anulación con efecto de cosa juzgada porque *«en otro caso la demandada [ZTE] podría verse tentada de hacerlo valer en otro nuevo procedimiento»*. Tiene todo el sentido que quien considere que el convenio arbitral adolece de un vicio estructural o relativo que afecta a su validez persiga la declaración de su nulidad con la finalidad de impedir la activación de arbitrajes surgidos de tal convenio. Ahora bien, ¿a qué tribunal corresponde conocer de la impugnación del convenio arbitral?

Establece el art. 9.1º LA que *«(e)l convenio arbitral [...] 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 [...]»*. Y especifica el art. 11 que *«(e)l 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»*. Bernardo Cremades explica sobre esta cuestión que:

«El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, tiene carácter vinculante para las partes en litigio. Ahí radica la gran diferencia con el derecho histórico español en materia de arbitraje, que diferenciaba la cláusula arbitral del compromiso, que exigía para vincular a las partes a la decisión de los árbitros una formalización voluntaria de carácter notarial o judicial del compromiso. [...] Y si el convenio arbitral es un verdadero contrato, requiere, como es sabido en base al art. 1261 Cc, consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral» (2).

En virtud del principio de separabilidad del convenio arbitral, auténtico principio general del arbitraje (3), el pacto mediante el cual las partes se someten a arbitraje constituye un contrato autónomo en sí mismo, con independencia de su forma (escrita o verbal, integrado como cláusula de un contrato, incorporado por referencia o celebrado separadamente). Por lo tanto, a tenor del art. 1300 Cc, es susceptible de nulidad radical aquel convenio arbitral que carezca de consentimiento, objeto o causa, así como de nulidad relativa si está aquejado de alguno de los vicios invalidantes legalmente expresados —violencia o intimidación, error, dolo, falsedad de la causa, representación insuficiente—.

En íntima conexión con la separabilidad del convenio arbitral aparece otro principio, el generalmente conocido por su denominación originaria germánica, *Kompetenz-Kompetenz*. Lo enuncia el art. 22.1º LA:

«Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

A este respecto, la importante Sentencia del Tribunal Supremo 409/2017, de 27 de junio (4) asumió la «tesis débil» del principio *Kompetenz-Kompetenz*, que resume así en su FJ 3º:

«6.- 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.

7.- Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 LA, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del art. 41.1º LA».

pronunciamiento, pese a no constituir jurisprudencia *strictu sensu* (5) , crea una indeseable situación de «conurrencia competitiva» entre árbitros y jueces para decidir un mismo asunto.

En efecto, con arreglo al art. 11.2º LA, «(l)a declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales». Si el juez que conoce de esa declinatoria está facultado, según el Alto Tribunal, para examinar en profundidad la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, puede llegar a ocurrir que el asunto litigioso sea enjuiciado al mismo tiempo por el tribunal arbitral designado en el convenio y por el juzgado ante el que la declinatoria se formuló, siempre que (i) el juez considerase el convenio arbitral nulo, ineficaz o inaplicable (ii) el arbitraje también activado, y (iii) los tribunales judicial y arbitral se considerasen igualmente competentes. Tanto el laudo final como la sentencia firme —dictada por la última instancia involucrada—, siendo resoluciones potencialmente contradictorias en mayor o menor grado, gozarían del valor de cosa juzgada (arts. 43 LA y 22 LEC). Huelga abundar en lo absurdo de esa situación, así como de soluciones basadas en la cronología, como dar preferencia a la resolución antes dictada o a la que dimanase del procedimiento iniciado más tempranamente.

Algún autor ha considerado que la Sentencia del Tribunal Supremo habría establecido implícitamente una distinción entre dos supuestos. Por un lado, los arbitrajes ya iniciados en el momento de incoarse el procedimiento judicial, en cuyo caso el poder del juez cedería en beneficio de los árbitros. Por otro, las actuaciones judiciales incoadas antes de que el arbitraje se inicie (o incluso si el convenio arbitral permanece inerte), en donde se estaría apuntalando la «tesis débil» (6) . Desde luego, el art. VI.3º del Convenio Europeo de Ginebra de 1961 impone (siempre que resulte aplicable) el primer criterio (7) ; no así el segundo de ellos. A mi modo de ver, el Tribunal Supremo no ha querido adoptar soluciones diferentes a cada una de esas situaciones y, además, tampoco terminaría de resolver el problema planteado.

Aunque ciertamente la literalidad del art. II.3º del Convenio de Nueva York de 1958 (en adelante «CNY») permite sostener ambas posiciones (8) , la «tesis fuerte» del principio *Kompetenz-Kompetenz* en todos los supuestos «es la que mejor defiende la eficacia del convenio arbitral, la que mejor evita

maniobras desestabilizadoras o dilatorias de una parte dispuesta a actuar torticeramente y la única que minimiza el riesgo de que una misma cuestión, la validez de la cláusula arbitral, pueda llegar a ser objeto de dos procedimientos paralelos, que eventualmente resulten en decisiones contradictorias», en opinión de Fernández-Armesto (9) . Es la solución que proporciona seguridad jurídica al concentrar el control sobre la validez del convenio arbitral en los propios árbitros ahí designados y, subsidiariamente, en la jurisdicción competente para controlar el laudo.

Consideremos dos argumentos adicionales. Por un lado, el art. 41.1º.a LA otorga a la Sala de lo Civil (y de lo Penal) del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde se dicte el laudo (art. 8.5º) la competencia para conocer de la presunta invalidez del convenio arbitral del que traiga causa, competencia embebida en los motivos de anulación de dicho laudo. Por otro, el auto mediante el cual el juez resuelve la declinatoria en contra del arbitraje (art. 65 LEC) es recurrible en reposición (art. 66.2º LEC) pero carece del valor de cosa juzgada material (art. 222 LEC).

Añádase en esa coctelera los principios de mínima intervención judicial en el arbitraje, prefigurado en el art. 7 LA y consagrado por la reciente doctrina constitucional (10) , y el de máxima eficacia del art. VII.1º del CNY que, según la Sentencia del Tribunal Supremo 1219/2007 (11) , de 14 de noviembre, FJ 2º, debe ser predicado también del reconocimiento del convenio arbitral al que obliga el art. II.1º del mismo texto. La conclusión, en consonancia con el efecto negativo del convenio arbitral, que sí existen razones para sostener la «tesis fuerte» del principio *Kompetenz-Kompetenz* en el ordenamiento jurídico español.

Así se había interpretado en el AAP Madrid 5 de mayo de 2010 (12) , FJ 3º y 4º, y así lo ha entendido (sin desconocer la Sentencia del Tribunal Supremo) el más reciente Auto de la Audiencia Provincial de Logroño de 2 de julio de 2021 (13) , FJ 4º:

«En definitiva, el principio Kompetenz-Kompetenz implica que son los árbitros quienes en primer término analizan su propia competencia, sin perjuicio de su posterior control judicial por la vía de la acción de impugnación o de anulación del laudo, competencia que se extiende, incluso, al examen de la validez del convenio y de cualesquiera otras cuestiones o excepciones que impidan entrar en el fondo de la controversia. Como afirma la doctrina, dicho principio constituye una regla de prioridad, entendida en su sentido cronológico (y no jerárquico) y viene referida tanto al efecto positivo como al efecto negativo del convenio arbitral. Los árbitros son los primeros en pronunciarse sobre su competencia y entretanto queda excluida la jurisdicción ordinaria, que solo interviene con posterioridad. Se trata de evitar conflictos previos de competencia de los árbitros o de validez del convenio arbitral que afecten directamente, entorpeciendo, al desarrollo del procedimiento arbitral».

De esa manera, el ámbito cognitorio del juez ante quien se plantee declinatoria por sumisión a arbitraje quedaría contraído a verificar restringidamente de manera evidente que existe un convenio arbitral, inhibiéndose siempre que tal cosa suceda.

IV. CONCLUSIÓN: LAS PRISAS NO COMPENSAN

La Sala que dictó la Sentencia objeto de comentario ha acertado al no precipitarse. Ni las órdenes procesales, a salvo de la excepción descrita, son impugnables ante la jurisdicción, ni los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para enjuiciar la presunta invalidez de un convenio arbitral fuera de la acción de anulación del laudo. Ciertamente es que lo tenía más fácil al haberse aportado al proceso, como hecho nuevo, el laudo final que daba carpetazo al arbitraje por falta de competencia para conocer del asunto. No obstante, a idéntico resultado se debiera haber arribado si el laudo final no hubiese sido aportado.

A la vista queda que las prisas exhibidas por la parte que judicializó el asunto no compensan. De hecho, la acción es susceptible de ser clasificada como *anti arbitration injunction*, o maniobra jurisdiccional tendente a impedir o entorpecer el normal desenvolvimiento de un procedimiento arbitral. Estratagemas así corren desigual suerte en función de las circunstancias, pero la Sentencia comentada puede actuar a modo de eficaz valladar contra intentos de ese calado. Es más, la Sentencia ya se hace eco, y aplica, la jurisprudencia constitucional emanada de las SSTC 46/2020 y 17/2021. Felizmente se acabó el tiempo en que «el orden público lo aguantaba todo».

BIBLIOGRAFÍA

CALVO CORBELLA, J.C., «Órdenes procesales», *El Laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 65 ss.

CREMADES, B.M., «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral», *Tratado de Derecho Arbitral*, t. I, *El Convenio Arbitral*, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 659-876.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.: «Artículo II.3: la remisión de las partes al arbitraje», en *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Universidad del Rosario (G.S. Tawil y E. Zuleta, dirs.), p. 300.

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

GÓMEZ JENE, M., «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 7-38.

SALA SÁNCHEZ, P., «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio y 17/2002, de 15 de febrero», en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional* (J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Wolters Kluwer, pp. 27-36.

.....

(1)

J.C. Calvo Corbella, «Órdenes procesales», en *El Laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas,

coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p.. 65.

[Ver Texto](#)

- (2) B. M. Cremades, «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral». *Tratado de Derecho Arbitral*, t. I, *El Convenio Arbitral*, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 659-876.

[Ver Texto](#)

- (3) J.C. Fernández Rozas, S. A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa; *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 145.

[Ver Texto](#)

- (4) Roj: STS 2500/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2500.

[Ver Texto](#)

- (5) El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptado por el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 celebrado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictado conforme a las previsiones del art. 264 LOPJ, indica que el carácter reiterado que, conforme al art. 1.6º Cc, ha de presentar la doctrina jurisprudencial, se traduce en que se invoquen dos o más sentencias de esa misma Sala que compartan identidad de razón entre las cuestiones resueltas, o —excepcionalmente— una sola sentencia si ha sido dictada por el Pleno de la Sala. La STS 409/2017 no fue dictada por el Pleno.

[Ver Texto](#)

- (6) M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 7-38.

[Ver Texto](#)

- (7) Con una cláusula de escape: «...siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma».

[Ver Texto](#)

- (8) Cf. aps 78 a 81 de la Guía de la CNUDMI relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (2016).

[Ver Texto](#)

- (9) J. Fernández-Armesto, «Artículo II.3: la remisión de las partes al arbitraje», en *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Universidad del Rosario (G.S. Tawil y E. Zuleta, dirs.), p. 300.

[Ver Texto](#)

(10) P. Sala Sánchez, «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio y 17/2002, de 15 de febrero», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer España, pp. 27-36.

[Ver Texto](#)

(11) Roj: STS 7191/2007 - ECLI: ES:TS:2007:7191.

[Ver Texto](#)

(12) Roj: AAP M 8025/2010 - ECLI:ES:APM:2010:8025A.

[Ver Texto](#)

(13) Roj: AAP LO 460/2021 - ECLI:ES:APLO:2021:460A.

[Ver Texto](#)

Declinatoria arbitral y seguros de grandes riesgos: a propósito de su eventual calificación como contratos de adhesión

Auto de la Audiencia Provincial de Logroño de 2 de julio de 2021

El Auto de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, de 2 de julio de 2021 confirma la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral, analizando con gran solvencia y maestría los efectos una cláusula de sometimiento a arbitraje inserta en las condiciones general de un seguro de grandes riesgos.



Marta Casado Abarquero

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Deusto

Abogada y socia San José Abogados

I. LOS HECHOS: SEGURO DE GRANDES RIESGOS Y SUMISIÓN A ARBITRAJE

1. Mecanizaciones Aeronáuticas, S.A. (en adelante, MASA) contrató con AIG EUROPE, S.A. (en lo sucesivo, AIG) una póliza relativa a un seguro de grandes riesgos. En el contrato de seguro las partes incluían una cláusula de sumisión a arbitraje, la número de 13, cuyo tenor literal era el siguiente: «Arbitraje. Si surgiera alguna disputa o diferencia entre el Asegurado y Asegurador por un motivo relacionado con el presente seguro, dicha diferencia o disputa se remitirá a Arbitraje en Londres, con arreglo a la disposición legal de Arbitraje que se encuentre vigente en ese momento».

Pese a esta cláusula, MASA interpuso demanda contra AIG ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Logroño, quien estimó la declinatoria planteada por AIG y declaró su falta de jurisdicción.

2. Frente a este auto de 19 de junio de 2020, MASA recurre en apelación alegando los siguientes motivos: (i) La cláusula de sumisión a arbitraje supone la renuncia a la jurisdicción estatal y, por lo

tanto, es nula al infringir el art. 24 LCS, de carácter imperativo; (ii) La póliza es un contrato de adhesión y el convenio arbitral infringe el art. 54.2 LEC; (iii) La cláusula arbitral es inejecutable por su contenido vago e impreciso.

3. La Audiencia Provincial de Logroño en su Auto 121/2021, de 2 de julio de 2021 (1) desestima el recurso de apelación y disecciona con maestría cada uno de los motivos alegados por la recurrente en una resolución bien fundamentada, sistemática y exhaustiva que favorece la reconciliación del mundo judicial con el profesional y académico.

II. PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS SEGUROS DE GRANDES RIESGOS: LA VALIDEZ DEL SISTEMA DE ARBITRAJE COMO SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

4. El primero de los motivos de apelación de MASA versa sobre la aptitud de la institución arbitral como mecanismo de resolución de controversias por cuanto, según expone en su recurso, conlleva la renuncia a la jurisdicción estatal, infringiendo el art. 24 LCS de aplicación imperativa.

5. En relación con este motivo de recurso, la duda sembrada por la recurrente sobre la constitucionalidad del arbitraje no tiene soporte legal ni jurisprudencial alguno. Como acertadamente recuerda la Audiencia Provincial de Logroño, son innumerables los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que reitera que la sumisión a arbitraje no supone menoscabo alguno del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, aunque es cierto que el arbitraje supone una renuncia a la jurisdicción estatal, no lo es menos que esta institución es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener resultados idénticos a los que persiguen acudiendo a los tribunales. Para ello, la Audiencia remite a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995 (2) que, en un asunto relativo a un seguro de automóvil, afirmó que las partes podían, previo convenio, someter a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pudieran surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

6. En un sentido similar, la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 ya afirmó que

«En el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno» (3) .

7. Por otro lado, el mecanismo arbitral como instrumento apto para la resolución de controversias en el ámbito del contrato de seguro está expresamente reconocido y consagrado en el artículo 97.4º de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (4) cuando establece que

«En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los

consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje».

Dada la condición de sociedad mercantil de MASA, la excepción relativa a la legislación relativa a la protección de consumidores y usuarios no resulta de aplicación al caso y, por lo tanto, la sustitución de los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles por una corte arbitral es perfectamente compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

8. Paradójicamente, el recurso a arbitraje como equivalente jurisdiccional ya no opcional, sino obligatorio, fue también consagrado en materia de contratos de seguro mediante la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados (5). Esta disposición añadió un párrafo e) al art. 76 LCS por el que se atribuía al asegurado el derecho de someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir con su compañía acerca de la póliza de seguro, privando por tanto a la aseguradora de su derecho a dirimir el conflicto ante los tribunales de justicia. Este párrafo e) fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero. En esta resolución el Tribunal Constitucional entendió que el sometimiento de la cuestión a arbitraje por imposición de la voluntad de una sola de las partes del contrato, constituye una restricción al derecho a una tutela judicial y efectiva. Llegando a afirmar, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que

«Dicha restricción deriva de que el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

III. LA CUESTIONABLE CALIFICACIÓN DEL SEGURO DE GRANDES RIESGOS COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

9. Esgrime MASA como segundo motivo de apelación la confusión entre los conceptos de consumidor y adherente. En este sentido, alega que el hecho de que la recurrente no tenga la condición de consumidor no conlleva la inaplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Y para ello defiende la calificación de la póliza como un contrato de adhesión en el que MASA tiene la condición de adherente, puesto que la cláusula de sometimiento a arbitraje se ubica dentro del apartado Condiciones Generales, todas ellas predispuestas por AIG, que se corresponden con un modelo predeterminado y que no pueden ser negociadas, sino que única y exclusivamente cabe la adhesión a las mismas. Por lo tanto, de conformidad con el art. 54.2º LEC, la cláusula arbitral no sería válida (6).

10. Pues bien, esta argumentación choca frontalmente con la naturaleza jurídica de los contratos de seguro de grandes riesgos. El art. 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece que se entenderá por contratos de seguro de grandes riesgos los relativos a: (i) Vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos

marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista); (ii) Operaciones de crédito y caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad; (iii) Vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: Activo total del balance: 6.200.000 euros; Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros; Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

11. En definitiva, de su definición legal se infiere claramente que son operaciones en las que el tomador del seguro no parte de una posición contractual de debilidad, por lo que la falta de poder de negociación no debe presumirse en todo caso. Este fue el motivo que llevó al Tribunal Supremo a afirmar en su sentencia 78/2014, 3 de marzo de 2014 (citada por la propia Audiencia Provincial del Logroño) (7) que en este tipo de seguros a la parte adherente se le presupone una gran capacidad económica para negociar, bien directamente, o bien mediante un corredor de seguro, dándose las condiciones para obtener una póliza en un plano de igualdad. Y ello pese a que, normalmente, la compañía de seguros tiene un modelo que ofrece y constituye la base de la negociación. Prueba además de la peculiaridad de este tipo de contratos es, según la propia sentencia citada por la Audiencia Provincial,

«... el hecho de que al contrato de seguro contra daños por grandes riesgos no le es de aplicación el precepto tuitivo del art. 2 LCS, conforme dispone el art. 44 del mismo texto, confiriendo a las partes contratantes «una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente», en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre que introdujo la nueva redacción del art. 44 LCS» (8).

12. En este marco, la Audiencia Provincial de Logroño analiza las circunstancias de hecho que rodearon la contratación y dictamina que concurren datos suficientes para afirmar la existencia de negociación entre las partes con carácter previo a la contratación, negociación previa que impiden la calificación del contrato como contrato de adhesión. Para ello subraya que la contratación de la póliza se realiza mediante la intervención de la correduría de seguros SARE, que es quien contacta con AIG para la solicitud de la cobertura. Además, razona cómo de la cadena de correos intercambiados entre SARE e IAG se infiere la existencia de negociación respecto de la inclusión de un asegurado adicional, o respecto a la modalidad de pago trimestral de la prima. Y concluye que, si bien es cierto que se parte de un modelo elaborado por la compañía aseguradora, ésta acomoda el mismo al contenido de la póliza previa que tenía MASA, al indicar en el correo la solicitud de remisión de las cláusulas que tienen en la póliza vigente para evitar discrepancias. En definitiva, un elenco de pruebas con entidad suficiente como impedir la calificación de MASA como adherente (9).

IV. EL CARÁCTER EVENTUALMENTE PATOLÓGICO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

13. Como último motivo de recurso MASA alega que la cláusula de sumisión a arbitraje es inejecutable, calificando la misma como cláusula patológica por su contenido, al que califica como vago e impreciso. Recordemos que el tenor literal de la cláusula arbitral es el siguiente:

«Si surgiera alguna disputa o diferencia entre el Asegurado y Asegurador por un motivo relacionado con el presente seguro, dicha diferencia o disputa se remitirá a Arbitraje en Londres, con arreglo a la disposición legal de Arbitraje que se encuentre vigente en ese momento».

La parte recurrente la tilda de ambigua y oscura por dos motivos: (i) Por no identificar los tipos de disputa que someten a arbitraje (la cláusula de sometimiento a arbitraje se limita a referirse a «alguna disputa o diferencia entre el Asegurado y Asegurador»); (ii) Por no indicar la ley aplicable al propio convenio (la cláusula de sometimiento a arbitraje se limita a decir que el arbitraje en Londres se dirimirá «con arreglo a la disposición legal de Arbitraje que se encuentre vigente en ese momento»). Este motivo de recurso obliga a analizar dos cuestiones clásicas en el ámbito del Derecho Arbitral. Quién tiene competencia para dictaminar sobre la eventual validez o nulidad del convenio arbitral, por un lado; La posible calificación de la cláusula de sometimiento a arbitraje como patológica, por otro.

1. La competencia para dictaminar sobre la eventual validez o nulidad del convenio arbitral

14. El primero de los aspectos está íntimamente relacionado con el principio *kompetenz-kompetenz*, principio básico del arbitraje que implica que son los árbitros quienes tienen la potestad para decidir sobre su propia competencia y, por lo tanto, para enjuiciar la validez del convenio arbitral. Esta potestad, según se explica adecuadamente en el Fundamento de Derecho Cuarto del auto analizado,

«... se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde la óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral. El principio en mención presenta una clara raigambre contractual, en cuanto son las partes quienes le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que éste debe conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y sólo si comprueba que el convenio es nulo o inválido, quedarán inhibidos de poder hacerlo».

En este sentido, es preciso subrayar que el término «competencia» debe interpretarse en un sentido amplio y genérico, que incluya cualquier cuestión susceptible de impedir que los árbitros se pronuncien sobre el fondo de la controversia, como pueden ser las excepciones relativas a la existencia o, como en este caso, a la propia validez del convenio arbitral.

15. La traslación de este principio en nuestro ordenamiento jurídico se produce a través del art. 22 LA, que en su párrafo primero establece que

«Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que

forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral». Y lo harán, según dispone el párrafo tercero, «con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto».

16. Pero si la validez del convenio arbitral se plantea por primera vez, no ante el tribunal arbitral, sino ante los órganos jurisdiccionales estatales en forma de declinatoria, ¿significa este principio que los juzgados y tribunales carecen de competencia para abordar el análisis de la eventual nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje? El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de junio de 2017 (10), analiza en profundidad el alcance de la competencia de los órganos jurisdiccionales estatales para decidir sobre la eficacia y alcance de un convenio arbitral cuando éstos se plantean en forma de declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, y concluye que los tribunales nacionales pueden realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Para ello nos recuerda que existen dos tesis del principio *kompetenz-kompetenz*: (i) Una «tesis fuerte», conforme a la cual la actuación del órgano judicial debe limitarse a un análisis superficial que compruebe únicamente la existencia del convenio arbitral y reserve a los árbitros la facultad para resolver cualquier otra cuestión sobre su competencia (esto implica que únicamente por vía de la posterior acción de anulación del laudo los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia); y (ii) una «tesis débil», que faculta a los tribunales nacionales a realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Así, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido o eficaz, o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

17. Pues bien, el Tribunal Supremo se decanta por la aplicación de la «tesis débil» del principio *kompetenz-kompetenz*, y concluye que no se aplican restricciones a los tribunales nacionales a la hora de que éstos puedan decidir acerca de la validez y eficacia del convenio arbitral al resolver sobre una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje. Para ello realiza un estudio sistemático de una serie de instrumentos jurídicos:

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958: El Art. II.3 prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio, al disponer que

«El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (de la que la actual Ley de Arbitraje es claramente tributaria), en su artículo 8.1 establece una previsión similar a la anterior:

«El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje

remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible»;

El Considerando 12 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012) permite la evaluación jurisdiccional previa del convenio arbitral al afirmar que

«Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional»;

18. En conclusión, el enjuiciamiento jurisdiccional previo de la cláusula arbitral cuando se plantea una declinatoria es perfectamente compatible con la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia y, del mismo modo, con la consiguiente competencia de los tribunales nacionales para revisar dicha determinación competencial en el marco de un procedimiento de anulación del laudo.

La Audiencia, aplicando el principio *favor arbitralis* concluye que la mera concurrencia de una cláusula arbitral patológica no necesariamente implica la ineficacia o invalidez del convenio, debiendo analizarse caso por caso las circunstancias concurrentes

2. La posible calificación de la cláusula de sometimiento a arbitraje como patológica

19. Por cláusula arbitral patológica debemos entender « los convenios arbitrales cuyo contenido puede ser o resultar incoherente, ambiguo, o inaplicable; aunque también puede hacer referencia a aquellos, que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes» (11) .

20. Tal y como expone la propia Audiencia Provincial de Logroño, el término cláusula arbitral patológica fue acuñado inicialmente en 1974 por Frédérick Eisemann, secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, para referirse a aquellas cláusulas de sometimiento a arbitraje que por presentar alguna anomalía no llegaban a cumplir las siguientes funciones: a) producir efectos que resulten obligatorios para las partes contratantes; b) impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo arbitral; c) dotar de competencia para resolver el o los conflictos a los árbitros; y d) brindar las condiciones necesarias para un desarrollo de un procedimiento organizado que concluya con un laudo (12) .

21. No obstante, la Audiencia Provincial de Logroño, aplicando el principio *favor arbitralis* concluye

que la mera concurrencia de una cláusula arbitral patológica no necesariamente implica la ineficacia o invalidez del convenio, debiendo analizarse caso por caso las circunstancias concurrentes (13). Pues bien, el auto recurrido entiende que en la cláusula arbitral analizada se deduce claramente la voluntad de las partes de someter la resolución de controversias al arbitraje. En cuanto a la no determinación de la corte arbitral competente, si bien entiende que puede apreciarse cierta ambigüedad o imprecisión en la cláusula, concluye que dicha patología no invalida el convenio puesto que resulta evidente

«... la voluntad de las partes de someterse al arbitraje en Londres, ante las instituciones o cortes arbitrales de dicha ciudad, que serán las competentes para la resolución de los conflictos o controversias, que puedan plantear las partes en cuanto al modo de desarrollarse el arbitraje, lo que será resuelto por la propia regulación de la institución de que se trate, dentro de la ciudad a la que voluntariamente se sometieron las partes para la resolución de la controversia».

BIBLIOGRAFÍA

- COLLANTES, J.L., *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Lima, Palestra, 2011, pp. 1253 ss.
- EISEMANN, F., «La Clause d'arbitrage phologique», *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, Utet, 1974, pp. 539 ss.
- GÓMEZ JENÉ, M., «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 7-38.
- MORILLAS JARILLO, M.J., «Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581.2 del anteproyecto código mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1556-1590.
- SANCHEZ LORENZO, S., *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado*, Cizur Menor, Cívitas/Thomson-Reuters, 2020, pp. 281 ss.

.....

(1)
ECLI:ES:APLO:2021:460^a.

[Ver Texto](#)

(2)
En un sentido similar, STC 2^a 16 marzo 1988, STC Pleno 26 enero 1989, STC Pleno 22 marzo 1991, STC 2^a 9 marzo 2009, STC 1^a 2 diciembre 2010.

[Ver Texto](#)

(3) STC 1ª 15 junio 2020. En la misma línea, STC Pleno 23 noviembre 1995, STC 1ª 30 abril 1996, STC 2ª 11 noviembre 1996.

[Ver Texto](#)

(4) BOE 15.7.2015.

[Ver Texto](#)

(5) BOE 20.12.1990.

[Ver Texto](#)

(6) Recordemos que según este precepto, «No 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».

[Ver Texto](#)

(7) ECLI:ES:TS:2014:1238

[Ver Texto](#)

(8) Fundamento de Derecho Tercero, par. 3.

[Ver Texto](#)

(9) Sobre la peculiaridad de este tipo de seguros, *vid.* M.J. Morillas Jarillo, «Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del anteproyecto código mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, pp. 1556-1590.

[Ver Texto](#)

(10) ECLI:ES:TS:2017:2500. *Vid.* el análisis de esta resolución por M. Gómez Jené, «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 7-38.

[Ver Texto](#)

(11) J.L. Collantes, *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Lima, Palestra, 2011, p. 1253.

[Ver Texto](#)

(12) F. Eisemann, «La Clause d'arbitrage phologique», *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Turín, Utet, 1974, p. 539.

[Ver Texto](#)

(13) Como adecuadamente señala S. Sanchez Lorenzo, no conviene olvidar que, en algunos sistemas el arbitraje es considerado como una excepción, y no un equivalente jurisdiccional, lo que abocaría a un principio de interpretación restrictiva opuesto al *favor arbitrationis* que impera en buena parte de los sistemas arbitrales (*Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cívitas/Thomson-Reuters, 2020, p. 281).

[Ver Texto](#)

El litigante bifronte

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2021

En un supuesto en el que dos relaciones jurídicas estaban estrechamente relacionadas y en el que, llegado el conflicto, solo uno de los dos demandados había firmado con el demandante un compromiso arbitral, la Audiencia Provincial de Barcelona ha privado de eficacia a ese compromiso y ha dirigido a todos los litigantes a la jurisdicción.

En el artículo se analizan brevemente las razones de una decisión como esta, que no es única y frente a la que existen resoluciones contrarias



Gorka Goenechea Permisán

Abogado (BM&A), árbitro, doctor en Derecho

I. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 13 DE OCTUBRE DE 2021

Cuando varias partes intervienen en distintas relaciones jurídicas que están estrechamente conectadas, en ocasiones ocurre que solo algunas de aquellas suscriben entre sí un compromiso o convenio arbitral para la solución de las controversias que puedan surgir de esas relaciones. En estos casos, si todas las partes se ven envueltas en un proceso judicial, las que hubieran suscrito el convenio arbitral tienen la posibilidad de formular una declinatoria (*cf.* art. 11 LA), debiendo entonces el juez decidir si la estima (continuando el juicio con el resto de las partes) o si, por el contrario, desestima esa declinatoria (continuando el juicio con todos los litigantes, incluidos aquellos que invocaron oportunamente el efecto negativo del convenio arbitral mediante la declinatoria).

En un supuesto como el descrito —en que el promotor de una obra demandó al contratista y al proyectistas en reclamación de los daños derivados de determinados vicios constructivos— y después de que el juez de instancia estimó la declinatoria de arbitraje formulada por el mencionado contratista (que había suscrito el convenio arbitral con el promotor demandante) la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante el auto n.º 364/2021, de 13 de octubre, ha estimado el

recurso de apelación formulado conjuntamente por el promotor y el proyectista contra la decisión del juez de instancia, con base en (i) la eventual división de la continencia de la causa que podría producirse en caso de desarrollarse paralelamente dos pleitos distintos (uno judicial del promotor contra el proyectista y otro arbitral de dicho promotor frente al contratista) (ii) los principios de economía procesal, y seguridad jurídica y (iii) en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Concretamente, la Audiencia Provincial de Barcelona razona del siguiente modo:

En el caso examinado tanto la actora Montesa Honda, S.A., como la codemandada Indus Ingeniería y Arquitectura, S.L., aluden a la situación que provocaría la continuación de dos procedimientos, uno ordinario y otro arbitral, sobre una misma actuación constructiva en la que los demandados tuvieron distinta intervención que, si bien pudiera resultar individualizable, también pudiera resultar solidaria; con las consecuencias de contradicción del principio de economía procesal, del de seguridad jurídica y del propio derecho a la tutela judicial efectiva.

En tales términos y considerada la falta de sumisión al convenio arbitral de Indus Ingeniería y Arquitectura, S.L.; la imposibilidad de incluir la pretensión dirigida contra esta en el arbitraje y finalmente la ausencia de una indebida acumulación de acciones nos ha de conducir a impedir la escisión del pleito tal como había sido configurado subjetiva y objetivamente, debiendo mantenerse el litigio en el ámbito jurisdiccional so pena de dividir la continencia de la causa, que se produciría de derivar hacia la sede arbitral la declaración de la responsabilidad de una de las codemandadas que pudiera resultar solidaria con la mantenida en sede jurisdiccional.

II. RESOLUCIONES DE CONTRASTE

Existen sentencias que resuelven en el mismo sentido que el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que nos ocupa, con el argumento añadido de la denominada *vis atractiva* de la jurisdicción frente al arbitraje. Por ejemplo, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida, con ocasión de la anulación de un laudo y mediante su sentencia n.º 184/2011, de 8 de junio de 2011, acordó la nulidad del laudo y redirigió a las partes a la jurisdicción civil, con base en la mencionada *vis atractiva* de la jurisdicción frente al arbitraje. En esta sentencia se lee:

Al tener que determinar si tiene preferencia el arbitraje o la jurisdicción, es claro que la jurisdicción tiene vis atractiva, lo que evita dividir la continencia de la causa, no contraria el orden público (es nulo el laudo que lo contraria en virtud de lo dispuesto en el art. 41.1º.f) LA) y garantiza el acceso a la jurisdicción, constitucionalmente reconocido en el art. 24 CE a todas las personas. El derecho de acceso a la jurisdicción es preferente respecto del convenio arbitral cuando una parte en el litigio no está incluida en la cláusula arbitral. En definitiva, la cláusula arbitral es preferente y aplicable de forma obligatoria cuando una de las partes reclama judicialmente a la otra y esta plantea antes de contestar la demanda la sumisión a arbitraje, pero no cuando confluye con otras personas que no optaron por someterse a arbitraje ya que estos no pueden ser obligados a resolver sus diferencias por medio de arbitraje.

Sin embargo, existe una segunda corriente de pronunciamientos judiciales que —en supuestos como

los descritos— niegan prevalencia a la jurisdicción frente al arbitraje. En este sentido, por ejemplo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de marzo de 2007 en la que se dice:

Dados los términos de los arts. 1 y 11 de la Ley de Arbitraje de 1988 el convenio arbitral voluntario excluye la intervención de Jueces y Tribunales en la decisión de la cuestión litigiosa, lo que impide la aplicación de la doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil como se alega en el escrito de interposición de recurso.

Puede mencionarse también el auto n.º 45/2010 de 22 de marzo de la Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el que se lee (1) :

En todo caso, el art. 73.1.1º LEC impide la acumulación de acciones cuando el tribunal carezca de jurisdicción para conocer de las que se pretenden acumular y, en consecuencia, debe rechazarse este motivo de apelación sin que pueda operar la alegada vis atractiva de la jurisdicción de los tribunales en detrimento de las cuestiones sometidas al arbitraje.

III. REFLEXIÓN ANTE LOS PRONUNCIAMIENTOS DISCREPANTES

A la vista de las resoluciones transcritas es evidente que están puestas en balanza dos posiciones contrarias. La primera de ellas es la que —valorando el riesgo de una eventual división de la contienda de la causa y esa *vis atractiva* que se atribuye a la jurisdicción frente al arbitraje, así como otros argumentos como el derecho a la tutela judicial efectiva, la economía procesal o la seguridad jurídica— prescinde de la eficacia negativa del convenio arbitral y fuerza a todas las partes, incluidas las que firmaron ese convenio, a litigar en un mismo pleito judicial. La segunda posición jurisprudencial es la que —aplicando el art. 11 de la Ley de Arbitraje— antepone la eficacia negativa del convenio arbitral y respeta el derecho de sus firmantes a no verse concernidos por el pleito judicial.

En nuestra opinión y con la relatividad que impone el caso concreto, los argumentos esgrimidos en defensa de la primera de estas posiciones no son suficientes para privar de eficacia a la voluntad de las partes que suscriben un convenio arbitral. Dicha voluntad tiene su asiento en el art. 10 CE (2) y, por lo tanto, es jurídicamente tan defendible como la de quienes no firmaron el convenio arbitral e invocan el art. 24 CE. Dicho de otro modo, decisiones como la del auto de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 364/2021, de 13 de octubre suponen —según creemos— anteponer sin una justificación suficiente el art. 24 CE frente al art. 10 CE.

Ante supuestos como el estudiado, entendemos que deben diferenciarse tres esferas jurídicas: (i) la de los litigantes que no firmaron ningún convenio arbitral, a los que conforme al art. 24 CE no se les puede llevar a un arbitraje ni quedarán vinculados por un eventual laudo; (ii) la de los que sí firmaron uno de estos convenios y válidamente lo invoquen mediante declinatoria, a los que conforme al art. 10 CE no se les puede privar de su derecho al arbitraje y por último (iii) la del que voluntariamente aceptó participar de relaciones jurídicas interrelacionadas, a pesar de que sus respectivas fórmulas de resolución de conflictos fueran distintas. Este litigante —al que podemos denominar *bifronte*—

deberá afrontar el pleito judicial con una parte y el arbitraje con la otra, asumiendo la potencial división de la contienda de la causa que de ello se derive, lo procesalmente antieconómico de la situación y la inseguridad jurídica que aceptó desde el principio.

Por más que quepa defender una *vis atractiva* de la jurisdicción civil respecto del resto órdenes jurisdiccionales, creemos que no existe soporte jurídico para invocar esa misma fuerza de atracción respecto al arbitraje, puesto que —en relación con este— no hay una norma equivalente al art. 9.2º LOPJ que así lo disponga.

La economía procesal o la evitación de la división de la contienda de la causa y del peregrinaje de jurisdicciones son principios generales derivados del derecho a la tutela judicial efectiva, que podrán ser invocados en juicio por los litigantes que no firmaron un compromiso arbitral, pero no frente al litigante que oportunamente formule declinatoria con base en un convenio arbitral, pues a estos últimos dichos principios no le son oponibles.

Lo anterior no implica que el que se vea forzado a litigar en dos frentes (judicial y arbitral) no pueda intentar mitigar los efectos perniciosos de la duplicación de procesos, invocando preventivamente, si procede, la prejudicialidad civil; o reclamando después frente a quienes, gracias a la división de la contienda de la causa, hubieran podido experimentar un enriquecimiento injusto.

.....

(1)

Vid. v.gr., auto 171/2008, de 19 de noviembre, de la Secc. 5ª de la Audiencia Provincial de Granada.

[Ver Texto](#)

(2) Como había adelantado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 1/2018, de 11 de enero y ha confirmado ese mismo tribunal en su sentencia n.º 17/2021 de 15 febrero de 2021: «También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional» (art. 24 CE).

[Ver Texto](#)

Sobre el impacto de la cosa juzgada y la declaración de concurso del deudor principal en la reclamación contra el deudor solidario

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2021

Este comentario se detiene en la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2021, en la que la Sala analiza los efectos de cosa juzgada que genera un laudo arbitral dictado en un proceso originario que se siguió solamente contra el deudor principal en el ulterior proceso seguido contra el deudor solidario. Asimismo, se analiza el impacto que la declaración de concurso del primero pudiese tener sobre el segundo.



José Manuel Fariñas Pena

Counsel en el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues



Ander Gutiérrez Gárate

Asociado en el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues

I. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones que rodean al concurso de acreedores y el arbitraje no son sencillas de adecuar. Se trata de dos instituciones jurídicas particulares que en más de una ocasión entran en conflicto y obliga a los operadores jurídicos a adaptarlas entre sí. El caso sobre el que se centra el presente comentario es clara muestra de ello. En concreto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado

una Sentencia (en concreto, la Sentencia n.º 710/2021, de 20 de octubre de 2021 [LA LEY 184627/2021]; en adelante, la «Sentencia Comentada») en la que, con ocasión de la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal, ha analizado los potenciales efectos de cosa juzgada que podría generar un laudo arbitral en el que se condena al deudor principal a hacer frente a una obligación pecuniaria, en un ulterior proceso en el que se reclama este importe al deudor solidario. Así, el Tribunal Supremo examina los óbices procesales que podría generar una resolución arbitral dictada en un proceso seguido solamente contra el deudor, en la facultad que tiene el acreedor de perseguir, no solo a este deudor principal, que responde con todos sus bienes presentes y futuros conforme a lo establecido en el art. 1911 Cc, sino también a todos sus obligados solidarios (art. 1144 Cc (1)).

Asimismo, la Sentencia Comentada aborda el impacto que el concurso de acreedores del deudor principal pudiese generar en la reclamación de la deuda contra los deudores solidarios. En particular, el Alto Tribunal se pronuncia sobre si la facultad de perseguir a los deudores solidarios y de esta forma cobrar su crédito extramuros del concurso se ve de cualquier forma mermada o perjudicada por la declaración de concurso del deudor condenado en el laudo arbitral, por riesgo de vulneración del elemental principio de la *pars conditio creditorum*.

II. ORIGEN DEL LITIGIO Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El litigio trae causa de la reclamación judicial instada por D. Mauricio (el acreedor) el 21 de noviembre de 2016 frente a Horizonte Corporativo, S.L. («Horizonte»), sociedad beneficiaria de la escisión parcial de Inversora de Laredo y Santander, S.L. («Inlasa») (2). Esta última fue condenada al pago de 1.200.000 euros a D. Mauricio en virtud de un laudo arbitral, con base en un acuerdo marco suscrito entre las partes en 2007. El Juzgado de Primera Instancia n.º 68 de Madrid estimó la demanda, condenando a Horizonte al pago de la referida cantidad.

Frente a esta sentencia estimatoria, Horizonte interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que mediante Sentencia de 7 de marzo de 2019 (en adelante, la «Sentencia recurrida») absolvió a la recurrente de hacer frente al pago de la obligación pecuniaria, estimando en consecuencia el recurso de apelación y considerando que:

- i) los efectos del laudo (la condena al pago) generan efecto de cosa juzgada negativa y deben perseguirse a través del procedimiento ejecutivo ante el órgano judicial correspondiente; y
- ii) el concurso de acreedores de Inlasa (deudora principal y condenada al pago en el laudo arbitral) impide que sus acreedores puedan reclamar el crédito extramuros del concurso, dado que estos quedan sometidos a la rigurosa regla de la *pars conditio creditorum*.

Frente a esta resolución, D. Mauricio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, elevando al Alto Tribunal las cuestiones objeto del litigio.

Con ocasión del mencionado recurso, el Tribunal Supremo ha podido pronunciarse sobre las cuestiones objeto de debate y ha emitido una sentencia que considera posible que los acreedores

puedan reclamar, conjunta o sucesivamente, a los obligados solidarios del deudor, sin que les afecte el efecto de cosa juzgada negativa que genera un laudo arbitral o resolución judicial. Asimismo, como veremos, la Sentencia Comentada blindará esta facultad procesal de reclamación, sin que pueda verse afectada por la declaración de concurso del deudor principal, incluso en un caso como éste en el que se condenó como cómplice a Horizonte en la sección de calificación de Inlasa a devolver los bienes recibidos en virtud de la escisión parcial a la masa pasiva del concurso, condena ya existente cuando la Audiencia Provincial de Madrid dictó la Sentencia recurrida (3) .

III. EL IMPACTO DE LA COSA JUZGADA NEGATIVA SOBRE EL DEUDOR SOLIDARIO

El art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»), establece que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada y frente al mismo únicamente cabe interponer la acción de anulación prevista en los arts. 40 ss LA y, en su caso, el recurso de revisión de sentencias firmes contemplado en los artículos 509 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»). Asimismo, el art. 222.1º LEC, expresamente establece que uno de los efectos que produce la cosa juzgada (4) de las sentencias firmes es precisamente la exclusión de un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

En consecuencia, debe partirse de la incontrovertida afirmación de que el laudo emitido sobre una cuestión litigiosa impide que posteriormente ésta pueda reproducirse en instancias judiciales o arbitrales. Como indica Xiol Ríos (5) , la determinación de la identidad de la cuestión se rige por los principios que operan en el Derecho procesal, de tal suerte que la exclusión de un proceso ulterior por la existencia de cosa juzgada negativa exigirá la conocida como triple identidad de: i) sujetos; ii) objetos, y; iii) pretensiones, entre uno y otro proceso.

El TS aclara que al acreedor que reclama judicialmente la deuda frente al obligado solidario del deudor no le alcanzan los efectos de cosa juzgada del laudo principal, porque no se cumple el requisito de identidad subjetiva que exige la jurisprudencia

Resulta indispensable traer a colación en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 410/2010, de 23 de junio de 2010 [LA LEY 148073/2010], cuya literalidad resulta terminante y clara al enumerar los requisitos que exige la existencia de la cosa juzgada negativa:

«La actuación del árbitro tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional (STS 22 de junio de 2009, RC n.º 62 / 2005), entre ellos el efecto de cosa juzgada material que le reconoce el art. 37 LA 1988 (STS 4 de octubre de 1997, RC n.º 2298/1993). De acuerdo con el art. 1252 CC, aplicable al litigio por razones temporales, la apreciación de cosa juzgada, en su aspecto negativo o excluyente, exige que entre la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia

planteada en este proceso haya identidad entre las cosas, las causas y las personas y calidad con que lo fueron, pues faltando alguna de esas tres identidades no sería posible extender el valor vinculante de la cosa juzgada».

Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo aclara en la Sentencia Comentada que al acreedor que reclama judicialmente la deuda frente al obligado solidario del deudor no le alcanzan los efectos de cosa juzgada del laudo principal, porque no se cumple el requisito de identidad subjetiva que exige la jurisprudencia (6) y la pretensión ejercitada no coincide en uno y otro proceso: i) en lo que respecta al primero, el proceso de reclamación judicial se siguió frente a Horizonte, el pretendido deudor solidario, y el proceso arbitral originario contra Inlasa, el deudor principal, lo cual de por sí resulta suficiente para alejar cualquier sombra de cosa juzgada negativa sobre la cuestión (7) , y; ii) en lo concerniente al segundo, la pretensión perseguida en ambas instancias era distinta. El fundamento de la demanda arbitral contra Inlasa era la existencia de un acuerdo entre las partes al que se pretendía dar cumplimiento, al amparo del cual se declaró la existencia de la deuda. Por el contrario, la pretensión articulada a través de la reclamación judicial contra Horizonte era precisamente que se declarase la solidaridad de ésta junto con Inlasa por razón de la escisión parcial y se le condenase al pago de la obligación pecuniaria (8) .

La Audiencia Provincial de Madrid entendió en la Sentencia recurrida que el acreedor no puede reproducir nuevamente la cuestión ante los Juzgados de Madrid mediante una nueva demanda de juicio ordinario contra el deudor solidario, pues estas pretensiones deben perseguirse a través de la ejecución del correspondiente laudo. De esta forma, la Audiencia insiste en que la parte dispositiva («*contexto ordenativo*», en la terminología empleada por la Audiencia) del propio laudo prevé internamente «*compensaciones y alternativas*» (nuevamente, en terminología de la Audiencia), pero que el contenido del laudo no puede ser hecho efectivo fuera de la órbita del procedimiento ejecutivo.

Por el contrario, la Sentencia Comentada considera que el acreedor nunca podría ver satisfecho su crédito contra Horizonte a través del procedimiento ejecutivo, en la medida en que no se encuentra en ninguno de los supuestos del art. 538.2º LEC (que regula las partes y los sujetos que integran el procedimiento de ejecución forzosa), y porque el art. 542.1º LEC expresamente prevé que el laudo o resolución judicial dictado en un procedimiento frente a uno solo de los deudores solidarios no será título suficiente frente a los que no hubiesen sido parte en el proceso (9) .

De esta manera, el Alto Tribunal viene a reafirmar la facultad del deudor de perseguir, en un único proceso o en procesos sucesivos, tanto a los deudores principales como a sus obligados solidarios. Esta posibilidad de «*encadenar*» procedimientos contiene y reduce significativamente las excepciones procesales que los obligados solidarios pudiesen eventualmente oponer cuando la solidaridad entre distintos deudores surge de forma sobrevenida, es decir, tras el dictado de un primer laudo o resolución judicial. Como se desprende de los hechos de la Sentencia Comentada, la solidaridad traía causa del proceso de escisión parcial de Inlasa que tuvo lugar tras recaer el laudo arbitral.

En definitiva, el Tribunal Supremo viene a concretar y matizar los efectos que genera la cosa juzgada

prevista en los artículos 222 LEC y 43 LA, garantizando la facultad procesal del acreedor para poder demandar conjunta o sucesivamente al deudor y sus obligados solidarios.

IV. EL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL DEUDOR PRINCIPAL SOBRE EL DEUDOR SOLIDARIO

Además de pronunciarse sobre los efectos de la cosa juzgada negativa, la Sentencia Comentada también aclara el impacto que la eventual declaración de concurso del deudor principal pudiera tener en la reclamación a los obligados solidarios.

El Tribunal Supremo entiende que la declaración de concurso del deudor principal no tiene ninguna incidencia en la reclamación frente a los obligados solidarios. El Alto Tribunal enfatiza y trae a colación varios preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, «TRLC»), de los cuales se entrevé que la norma concursal persigue precisamente el efecto contrario, es decir, que el concurso no afecte a los patrimonios adicionales solidarios o de garantía con los que pudiese contar el acreedor afectado.

La Sentencia recurrida, en cambio, entiende que desde que una entidad (en este caso, el deudor principal) es declarado en concurso de acreedores, se producen una serie de efectos sobre los créditos, que obligan al acreedor a reclamar el correspondiente crédito en el concurso del deudor principal, pues lo contrario conlleva el riesgo de quebrar el elemental principio de igualdad entre acreedores, al existir el riesgo de que la persecución de patrimonios adicionales de responsabilidad surgidos de forma sobrevenida pueda suponer alguna clase de privilegio para este acreedor, que no esté expresamente prevista en la normativa concursal.

El Tribunal Supremo basa su fundamentación jurídica en que el TRLC no prevé la prohibición de acciones de contenido patrimonial contra los obligados solidarios del concursado (art. 136 TRLC), ni tampoco la interrupción de la prescripción de las acciones por créditos anteriores a la declaración de concurso frente a aquellos (art. 155.2 TRLC). Sí contempla, en cambio, los efectos que produce el pago al acreedor originario por deudor solidario, por fiador o por avalista (art. 310.2.3º TRLC), o los efectos que la aprobación del convenio genera sobre aquellos (art. 399 TRLC).

En consecuencia, el Tribunal Supremo aclara que el pronunciamiento estimatorio de la reclamación al deudor solidario no podría en ningún caso generar un enriquecimiento injusto del acreedor, pues ninguna norma impide que éste pueda cobrar su deuda tanto en sede concursal como promoviendo las acciones pertinentes contra los deudores solidarios.

En definitiva, la Sentencia Comentada refuerza la garantía que los patrimonios adicionales de responsabilidad producen sobre las posibilidades de recobro del acreedor concursal. Sin embargo, debe incidirse en que los planteamientos de la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid tratan de proteger precisamente que los efectos del concurso deben alcanzar a todos los acreedores concursales y cualquier situación de riesgo de la *par conditio creditorum* debe analizarse con extrema cautela, particularmente cuando los acreedores pretendan soslayar los efectos del concurso.

V. CONCLUSIONES

La discrepancia existente entre el TS y la AP de Madrid pone de manifiesto que nos encontramos ante un tema que plantea ciertas dudas con relación a la extensión de la cosa juzgada negativa y los efectos del concurso con respecto a los obligados solidarios del deudor. Como hemos puesto de manifiesto al principio de este comentario, estamos de nuevo ante una nueva expresión de la difícil coexistencia entre el arbitraje y el concurso de acreedores.

No cabe obviar que el acreedor que obtiene a su favor un laudo tiene un innegable derecho que le asiste para hacer efectiva la deuda contenida en la misma. El Tribunal Supremo aclara las alternativas al alcance del acreedor para hacer efectiva la deuda reconocida en el laudo arbitral contra los obligados solidarios, en términos diferentes a los sostenidos por la Audiencia Provincial de Madrid en torno a la posibilidad iniciar un procedimiento ejecutivo frente al deudor solidario sobrevenido no demandado en el procedimiento arbitral, y permitiendo que se inicie una nueva reclamación frente al obligado solidario.

(1)

Art. 1144 Cc: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo».

[Ver Texto](#)

(2) La Sentencia Comentada no entra a analizar la condición de obligada solidaria de la sociedad escindida, limitándose a efectuar la siguiente afirmación genérica (Fundamento Jurídico 3º): «4.- La acción ejercitada tenía por objeto que se declarase que la sociedad demandada, Horizonte Corporativo S.L., nacida de la escisión parcial de otra sociedad (Inversora de Laredo y Santander S.L.) que resultó condenada en el laudo arbitral a pagar una cantidad al demandante en este litigio, responde solidariamente de dicha obligación por aplicación de determinadas normas de la Ley 3/2009, de 3 abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y se le condenase a pagarla».

[Ver Texto](#)

(3) Según el Registro Público Concursal, la sentencia de calificación se dictó a 3 de mayo de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de León.

[Ver Texto](#)

(4)

Merece la pena recordar, el efecto de cosa juzgada tiene un sentido positivo y negativo. El primero se traduce en la vinculación posterior respecto a lo decidido en el laudo, y el segundo, en cambio, impide que posteriormente se reproduzca o se resuelva sobre las mismas cuestiones que hayan quedado sometidas a la decisión de los árbitros.

[Ver Texto](#)

- (5) J.A. Xiol Rios, «Art. 43», *Comentarios a la Ley de arbitraje* (en C. Gonzalez-Bueno, dir.), Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.
- [Ver Texto](#)
- (6) Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 410/2010, de 23 de junio de 2010 [LA LEY 148073/2010], n.º 307/2010, de 25 de mayo de 2010 [LA LEY 86118/2010] o n.º 430/2019, de 17 de julio de 2019 [LA LEY 103889/2019].
- [Ver Texto](#)
- (7) Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia Comentada: «El laudo arbitral no puede tener eficacia de cosa juzgada negativa respecto de la demanda origen de este litigio por varias razones. La primera razón, porque la sociedad hoy demandada no fue parte en aquel proceso arbitral, por lo que no se cumple el requisito de identidad subjetiva exigido por el art. 222.3º LEC».
- [Ver Texto](#)
- (8) Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia Comentada: «tampoco la pretensión ejercitada coincide en uno y en otro litigio: en aquel, el fundamento de la acción era la existencia de cierto acuerdo entre las partes al que se pretendía dar cumplimiento; en este, la existencia de una escisión parcial, posterior al nacimiento de la obligación declarada en el laudo arbitral, de la que nacería una responsabilidad solidaria para la demandada respecto de una de las sociedades que resultó condenada en el laudo arbitral. Por tanto, falta el requisito de identidad de objeto que exige el art. 222.1º LEC».
- [Ver Texto](#)
- (9) En concreto, en el Fundamento Jurídico 3ª de la Sentencia Comentada se establece que: «7.- Como alega en su recurso, el recurrente nunca podría ver satisfecha en la ejecución del laudo arbitral su pretensión contra la sociedad Horizonte porque esta no fue condenada en el proceso arbitral, en el que ni siquiera fue parte dicha sociedad. Horizonte no se encuentra en ninguno de los supuestos en los que el art. 538.2º LEC prevé que pueda dirigirse contra ella la acción ejecutiva nacida del laudo arbitral; y porque el art. 542.1º LEC prevé expresamente que «[l]as sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso».
- [Ver Texto](#)

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles

AUNQUE EL EMPLEO DE ALGUNO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DEL LITIGIO NO ES ACTUALMENTE UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, SÍ ES UNA BUENA PRAXIS PROFESIONAL (SAP MÁLAGA 4ª 30 ABRIL 2021)

ADR — Arbitraje — Mediación — Actuación preprocesal de las partes tendente a evitar el litigio — Conveniencia — Petición de exoneración de las costas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, de 30 de abril de 2021 (ponente: José Luis Utrera Gutiérrez), inserta el siguiente *obiter dictum*:

«(...) Respecto a la ineludible necesidad de acudir a los tribunales como otro de los argumentos en los que se sustenta la petición de exoneración de las costas, ha de analizarse tal pretensión en relación muy directa con la actuación preprocesal de las partes tendente a evitar el litigio, pues cada vez es más frecuente (vid. art. 395.2º LEC) ligar ambos conceptos, dado que el legislador pretende motivar a los operadores jurídicos para evitar el proceso confrontativo, agotando todos los medios autocompositivos (negociación entre letrados, mediación, conciliación, arbitraje, dictamen vinculante de especialista etc etc), debiendo recordarse (sí lo será de culminar su tramitación el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia) sí es una buena praxis profesional, y cumple el mandato, dirigido a todos los operadores jurídicos, contenido en el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de reducir la intervención de los Tribunales a aquellos casos en los que las partes no hayan podido poner fin desde el acuerdo a la situación de controversia. Ello requiere una mínima actuación preprocesal, como es la reclamación extrajudicial, que abra las puertas a un posible acuerdo que evite el proceso. En el caso de autos no se acompaña con la demanda prueba alguna de la actuación preprocesal desplegada por la parte actora tendente a la evitación del proceso, no ya referida a la propuesta a la contraparte de acudir a alguno de los métodos alternativos de resolución de conflictos (indicados especialmente en casos como el de autos donde entre las partes existen relaciones de vecindad), sino tan siquiera una negociación entre letrados, pues aunque se menciona en la demanda no se ha acreditado la misma con las comunicaciones habituales entre abogados. En definitiva, no se ha probado una actuación diligente de la parte tendente a la evitación del proceso que, aun no siendo procesalmente exigible, sí debe tener ciertas consecuencias procesales, como pueda ser rechazar el argumento esgrimido en el recurso

respecto a una interpretación flexible del principio de vencimiento recogido en el art. 394 LEC».

[Véase Ana Fernández Pérez, «Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de procedibilidad», supra]

EL CONCEPTO DE «VULNERACIÓN» O «CONTRAVENCIÓN» DEL ORDEN PÚBLICO NO PUEDE EQUIPARARSE A UNA APLICACIÓN DISCUTIBLE DE LA NORMA IMPERATIVA (STJSJ ANDALUCÍA CP 1ª 11 MAYO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de equidad — Acción de anulación — Indefensión — Motivación arbitraria — Orden público — Valoración de la práctica de la prueba — Doctrina constitucional — Prueba testifical — Validez de la declaración del testigo en otro procedimiento judicial o arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 de mayo de 2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) desestima íntegramente la demanda de anulación del laudo de fecha 5 noviembre 2020, dictado por una árbitra única. El fondo de la controversia dilucidada en sede arbitral y resuelta por el laudo ahora impugnado iba referido a desavenencias entre diferentes grupos de socios de una sociedad de responsabilidad limitada. Los demandantes sostienen que el grupo mayoritario, al asumir el control de la sociedad, llevó a cabo conductas abusivas, desleales, y contrarias a derecho, que justificarían el ejercicio de una acción de separación de la sociedad, con la condena a la sociedad a adquirir las participaciones sociales de los demandantes, así como declaración de la infracción del deber de lealtad y diligencia de los tres administradores y la nulidad de un incremento de la retribución percibida con cargo a la sociedad por parte de los codemandados. De acuerdo con la presente decisión:

«(...) Vistas las resoluciones de la Sra. Árbitro explicando su modo de proceder, y atendidas las razones esgrimidas por los demandantes, la Sala entiende que no existe incumplimiento de las normas procesales pactadas, sino una aplicación lógica y flexible de las mismas, adaptada a los términos de la controversia y al contenido de las pruebas que se propusieron. Por más que las partes prefieran, como es natural, saber de antemano si se practicará o no determinada propuesta, ningún inconveniente existe en demorar la decisión sobre admisión o no, condicionándola al resultado de las inicialmente admitidas en el periodo ordinario que, en principio, se habían considerado bastantes. Si, conforme a lo previsto en el ap. 4.4 de las normas de procedimiento acordadas, era facultad de la Sra. Árbitro acordar de oficio de cualesquiera otras pruebas que entienda necesarias para el esclarecimiento de los hechos una vez practicadas las ya admitidas, es claro que mientras se practica dicha prueba ya admitida las partes han de contar con la eventualidad (no la certeza) de que posteriormente se acuerden otras. En definitiva, la decisión adoptada por la Sra. Árbitro es funcionalmente equivalente a la inadmisión de las propuestas aclarándose que podrían en su momento adoptarse de oficio por parecer necesarias. Dicho de otro modo, no parecieron pertinentes en el momento en que fueron propuestas, pero podrían resultarlo, a criterio de la Sra. Árbitro en el ejercicio de su competencia, al término de la

fase probatoria. Así habría sido, por ejemplo, si la declaración de los testigos sobre la existencia de una caja B societaria hubiera resultado inexpresiva, contradictoria o francamente insuficiente: en tal caso, probablemente la Sra. Árbitro habría considerado conveniente la aportación de testimonios prestados en otro procedimiento, o de la grabación de una conversación habida fuera de todo proceso, para acabar de decantarse. Ninguna indefensión puede predicarse como consecuencia de esta decisión que en sí misma es razonable dada la naturaleza de las pruebas propuestas. Y, desde luego, no es asumible el argumento de que las pruebas propuestas por las partes no puedan tornarse ulteriormente en prueba acordada de oficio por la Sra. Árbitro. Y así, cuando la parte demandante sostiene que la única prueba que podría practicarse una vez tramitada la fase probatoria sería la acordada de oficio (...), está ignorando que, sin duda, puede acordarse de oficio una prueba que inicialmente había sido propuesta por una parte y que no llegó a ser admitida (ni denegada)».

«(...) en absoluto es inhabitual que, teniendo la oportunidad de recibir la declaración de un testigo con inmediación, se rechace la aportación de lo declarado por el mismo testigo en un procedimiento diferente, por cuanto en el caso de que existan contradicciones sería un puro voluntarismo preferir lo declarado ante otro árbitro y juzgador en un interrogatorio en presencia de otras partes: no puede olvidarse que para que la declaración de un testigo tenga valor probatorio es necesario que la parte a quien perjudique dicha declaración tenga oportunidad procesal de interrogarle directamente ante quien haya de juzgar. Como tampoco es inhabitual que si un testigo se niega a comparecer sin que exista causa objetiva que lo impida, se rechace por similares razones la aportación de lo declarado por el mismo en otro procedimiento con diferentes partes procesales y árbitro, y sin que el árbitro esté obligado a recabar el auxilio procesal para asegurar la comparecencia del testigo cuando la parte interesada no lo ha instado. Tampoco es atendible el argumento de que una prueba de naturaleza similar, propuesta por la otra parte en su escrito inicial de proposición de prueba, sí hubiera sido admitida y practicada, por cuanto no había sido impugnada por la parte actora. A lo que ha de añadirse que ningún impacto decisivo en orden a la decisión final tuvo esa prueba, en vista de la motivación del laudo. Por lo que se refiere a la aportación de la grabación de una conversación privada de la que podrían extraerse evidencias sobre la existencia de una caja B de la sociedad cuyos ingresos se hubiesen sustraído al reparto de beneficios entre los socios, vuelve a ser útil destacar que difícilmente la Sra. Árbitro hubiese podido resolver en contra de lo manifestado ante ella por tantos diferentes testigos sobre la base de una conversación grabada sin autorización en la que no resultaba fácil a priori la identidad de los intervinientes ni esperable la obtención de ese dato. Naturalmente la Sala no puede determinar cuánto esfuerzo habría sido preciso para lograr la identificación de los intervinientes, sin que baste con que la representación de los demandantes afirme que ello era fácilmente alcanzable. Lo cierto es que no se trataba de un aspecto sobre el que no se hubiera practicado prueba, tal y como se desprende de la motivación del laudo sobre ese particular, y puede considerarse razonable el criterio de no completarla, para su valoración final, con un elemento tan incierto, cuando de la practicada con todas las garantías se obtuvo una conclusión objetivamente contundente. Ha de añadirse, por último, que el criterio para admitir o inadmitir una prueba propuesta de manera sobrevenida no es idéntico al que se debe seguir para la prueba inicialmente propuesta: en ésta última, las partes han ofrecido un cuadro de medios probatorios que, por hipótesis, consideran

suficiente para acreditar los extremos fácticos en que basan sus pretensiones, lo que comporta que, de ordinario, las sucesivamente propuestas tengan un valor de complemento».

«(...) El examen de la motivación del laudo sobre cada uno de estos puntos señalados en la demanda ahuyenta de manera abrumadora cualquier duda sobre si la valoración del material probatorio es, no decimos acertado (pues como es bien sabido no corresponde a esta Sala pronunciarse sobre ello), sino basada en razones que brotan con naturalidad de los elementos obtenidos con la práctica de la prueba. Para llegar a esta conclusión, hemos tenido en cuenta: A) Que en el laudo (...), con referencias al contenido de la demanda y de la contestación, así como de la réplica y la dúplica, se exponen cabal y rigurosamente los términos de la controversia, sin simplificarla, reducirla o desfigurarla, lo que ya anuncia una completa inmersión de la Arbitro en el fondo de la controversia sin atajos ni prejuicios. Ello también se evidencia con la lectura de las consideraciones en las que se enmarca la estrategia o secuencia argumental con que va a razonarse la decisión sobre el caso (...) B) Que no hay ninguna prueba relevante que no haya sido mencionada, considerada y analizada en el laudo; C) Que se explican de manera ejemplar, a juicio de la Sala, las razones por las que se adoptan las conclusiones de unos informes periciales y no de otros, en particular en lo referente a la estimación de si la retribución de Don Pedro Jesús (...) y la de los Sres. Miguel Ángel Ángel Jesús (...) pueden calificarse o no como excesivas / abusivas, y por qué no resulta relevante el hecho de que las funciones del Consejero Delegado quedaran reducidas a una sola sociedad; D) Que se explica igualmente de manera minuciosa y apoyada en lo que resulta de los informes periciales por qué razón se considera no acreditado que hubiera un cambio en la política de distribución de beneficios perjudicial para los minoritarios que no fuera debido a ajustes de política societaria perfectamente propios del ámbito de decisión de los órganos directivos (...), así como por qué no se consideró existente una caja B, al menos con entidad suficiente como para alterar las anteriores conclusiones (...), con referencia a la testifical practicada. E) Por lo que se refiere a la suficiencia de la existencia de un acuerdo que avalase la subida salarial de dos personas que ya venían desempeñando las funciones por las que se les retribuía antes de ser designadas consejeros, resulta claro que más que una valoración probatoria es una consideración jurídica perfectamente admisible en un arbitraje de equidad sobre la que luego volveremos, como también lo es la explicación de por qué no se consideró, partiendo minuciosamente de los datos extraídos de la prueba practicada, existente un reconocimiento previo al arbitraje de un derecho de separación de los demandantes. A las razones ofrecidas en el laudo sobre este último punto (...) no sobra añadir algo que en ellas queda latente y que las refrenda: que las ofertas cruzadas en la fase de preparación de un documento que ha de ser finalmente firmado como expresión de definitivo consentimiento, no debe dárseles valor de acto propio, pues ello comportaría, según reiterada y muy bien fundada jurisprudencia, una retracción impeditiva en la fase precontractual de negociación, máxime si las negociaciones tenían un carácter transaccional (evitación de la controversia arbitral). En efecto, su valor no es más que el condicional de posiciones que únicamente adquirirán fuerza vinculante si finalmente se acaba de perfilar un acuerdo definitivo por los órganos societarios competentes (...). No puede, en definitiva, sostenerse que las conclusiones fácticas de la Sra. Arbitro sean el resultado de un prejuicio o de una voluntad arbitraria de llegar a las mismas. Son, con toda evidencia, un resultado posible de la prueba practicada. No el único, ciertamente, pero la tan excepcional posibilidad de considerar

causa de nulidad de un laudo un error en la valoración de la prueba queda ceñida a los casos de grosera arbitrariedad, similar al error patente, fácilmente constatable sin necesidad de introducirse en el laberinto de los matices y detalles de cada una de las pruebas, como proponen los demandantes, pues ello comportaría un alto riesgo de acabar sustituyendo al árbitro en la valoración de la prueba. Esta Sala no presencié la prueba practicada, pero el cotejo de las razones ofrecidas por los demandantes para denunciar la arbitrariedad en la valoración probatoria con la motivación fáctica del laudo no puede ser más elocuente sobre la inexistencia de pruebas suficientes que de manera inequívoca hubieran debido fijar los hechos de manera diferente a como ha sido fijada en el laudo. Basta para cerrar este argumento con decir que en la propia argumentación de la demanda, tan extensa sobre este particular, no hay sino un cúmulo de consideraciones parciales sobre detalles escogidos de las pruebas practicadas que omiten las principales razones expuestas en el laudo, lo que impide de todo punto a esta Sala dar el salto en el vacío de decir que alguno de los hechos relevantes y decisivos debió haber sido fijado de manera diferente a como lo hizo la Sra. Árbitro. No tiene dudas la Sala de que lo que ha pretendido la parte actora en su bien estructurado escrito de demanda no es sino entrar con minuciosidad en la valoración de la prueba, contra lo que la reciente STC 17/2021, de 15 febrero, ha recordado: que "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"».

«(...) Para que prospere una acción de anulación de un laudo arbitral por vulneración sustantiva (no procesal) del orden público es preciso que un pronunciamiento de su parte dispositiva, en relación con la motivación de la misma, sea inequívocamente contrario a un principio básico sustentador del ordenamiento jurídico, es decir, cuando resulte insoportable (jurídicamente) dar fuerza ejecutiva y efecto de cosa juzgada a dicho pronunciamiento. Más allá de las definiciones generales del orden público a los efectos del art. 41 LA, y pese a ser cuestión controvertida doctrinal y jurisprudencialmente, puede afirmarse que si bien todas las normas de ius cogens o de carácter imperativo son vinculantes en el ámbito del arbitraje, el laudo sólo es contrario al orden público (sustantivo) cuando orilla o posterga por completo su aplicación, o cuando la aplica de tal modo que desvirtúa el principio de orden público que está latente en la misma. No ocurre así, desde luego, cuando simplemente sigue una interpretación no acorde con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues es sabido que por lo general la interpretación jurisprudencial es una elección de entre varias interpretaciones posibles de la norma, que por lo general ha generado una discrepancia entre Audiencias Provinciales, por lo que esas interpretaciones descartadas o no acogidas por el Tribunal Supremo no pasan automáticamente a ser "contrarias" al orden público. Dicho de otro modo, no basta con invocar jurisprudencia: es necesario que de manera notoria y apenas discutible el laudo esté marginando una clara exigencia de orden público. Más aún cuando esa jurisprudencia es expresamente analizada y tenida en cuenta en el laudo. El laudo despliega una amplia argumentación en torno a la invocada nulidad del incremento retributivo. Parte explícitamente de la premisa del art. 220 LSC, que es la norma invocada por los actores como vulnerada: no la ignora ni la orilla, sino que enmarca la argumentación dentro del mismo (...). Con ese conjunto de datos, la decisión de entender aprobado por la Junta General el incremento

salarial podrá ser discutible, pero desde luego no supone una vulneración flagrante del art. 220 LSC, sino una aplicación defendible del mismo, por lo que de ninguna manera cabe considerar en este punto el laudo como "contrario al orden público". En efecto, más allá de la conocida discusión sobre cuál es el contenido del orden público a que se refiere el art. 41 LA, y sobre si cualquier norma de Derecho imperativo ha de tener esa consideración, es preciso insistir en que el concepto de "vulneración" o "contravención" del orden público no puede equipararse a una aplicación discutible de la norma imperativa. No hay vulneración cuando la norma ha sido expresamente considerada y ha servido como premisa del razonamiento, proponiéndose una interpretación que no quepa tachar de claramente apartada de los cánones habituales de la hermenéutica jurídica, como sin duda es el caso. Por último, no huelga decir, con palabras de la reciente STC 17/2021 de 15 febrero, que en un arbitraje de equidad "es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del Derecho material". Ello no comporta que en el arbitraje de equidad pueda prescindirse de las normas imperativas, pero sí que el test de conformidad con el orden público ha de atender muy particularmente a las singularidades del caso, que es justamente lo que en el laudo se hace para considerar existente un acuerdo de la Junta General».

[Véase, Sixto A. Sánchez Lorenzo, «El laudo "vale o no vale": la función del TSJ se agota en determinar si se ha identificado una tacha que impida su validez», supra]

LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE COMPRENDE LA ACCIÓN AQUÍ EJERCITADA Y NO ES NULA POR ENCONTRARSE INCORPORADA EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN, CUYA NULIDAD POR DEMÁS NO HA SIDO OBJETO DE PRETENSIÓN (AAP BILBAO 3ª 14 JUNIO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Cláusula predispuesta — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, de 14 de junio de 2021 (ponente: Ana Isabel Gutiérrez Gegundez) desestima un recurso de apelación contra un laudo de instancia que estimó una declinatoria arbitral planteada por I., S.A. por hallarse la cuestión sometida a arbitraje. De acuerdo con la Audiencia:

"(...) La cuestión efectivamente se contrae a determinar dos cuestiones fundamentales que en realidad se reconducen a una cual es en definitiva la validez o nulidad de la cláusula de sumisión expresa a arbitraje (...) descendiendo al caso concreto que nos ocupa, esta Sala en primer lugar debe dar por reproducida la jurisprudencia que de manera abundante y certera recoge la resolución de la instancia, y cuyos parámetros son compartidos. Como bien pone de manifiesto la parte apelada I. SA y es de observar desde la lectura del discurso recursivo de la parte apelante, esta introduce en el debate un hecho nuevo y no alegado en la instancia, así la demandante hoy apelante justificaba su oposición a la declinatoria que la cláusula relativa al convenio arbitral, se encontraba incluido en el ámbito de unas condiciones generales de contratación (condiciones básicas) no negociadas e impuestas; añadiendo en esta alzada que dicha

cláusula relativa al convenio arbitral no se encontraba firmada y por ello no se había aceptado ni negociado. En primer lugar al respecto de esta consideración debe señalarse que las Condiciones Básicas del Grupo Iberdrola para la Contratación de Obras y Servicios, aparecen en todas sus hojas con dos firmas, pero es que aún cuando esto efectivamente no se considere suficiente, –nos encontramos ante unas fotocopias–, y en todo caso sin referencia apriorística grafológica; como decimos, aun cuando ello no se tuviera en consideración, la alegación en tal sentido es efectivamente hecho ex novo, cuando por demás la propia demanda se basa sobre dichas condiciones y en concreto a la hora de justificar la competencia que adjudica a los Juzgados de Bilbao se funda en la propia condición 6 apartado 7 "legislación aplicable" sumisión expresa a la jurisdicción de Bilbao. Teniendo en cuenta que ninguna de las partes ha cuestionado la existencia de la cláusula arbitral, tal y como refleja la resolución recurrida, sino que lo cuestionado es que no ha sido negociada sino impuesta, en sede de un contrato de adhesión, cuestionando la parte hoy apelante en ello el alcance y aplicabilidad de la misma. Debemos partir, como certeramente señala la resolución recurrida, que no nos encontramos ante una relación de consumo, con una parte demandante hoy apelante que, desde luego, no conecta con la idea de consumidor, y por ello se ha de partir de las normas derivadas de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y de las normas de interpretación de los Contratos del Código civil. Y desde tales premisas no yerra la resolución recurrida cuando parte de que, tal y como puede leerse en la demanda, la parte demandante ejercita acción de cumplimiento de obligaciones en orden al abono de sus honorarios como intermediaria y gestora inmobiliaria de determinados Inmuebles de Iberdrola, y llevada a cabo por la entidad demandante. En el presente caso la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales del contrato de adhesión, de la que no cabe hacer interpretaciones expansivas, la misma supone una voluntad de determinación y aceptación, precisa, siendo dicha cláusula detallada y omnicomprensiva, que incluye la ejecución del contrato, derechos y obligaciones y derivados del mismo y su cumplimiento o incumplimiento y resolución, desde la interpretación de la misma así resulta a esta Sala de forma clara y precisa. En el presente supuesto, la cláusula de arbitraje comprende la acción aquí ejercitada, no es una acción extramuros de la previsión de la misma. La citada cláusula no es nula por encontrarse incorporada en un contrato de adhesión, cuya nulidad por demás no ha sido objeto de pretensión y como resulta la actora se apoya en la formulación de la competencia "fuero de Bilbao" en un punto 7 de la citada cláusula sexta, que es "subsidiaria" de la anterior, es decir de la cláusula arbitral. Por demás y en cuanto a los actos propios que la apelante atribuye a la entidad Iberdrola al no haber hecho valer la citada cláusula en el previo procedimiento conciliación y medidas preliminares, esta Sala debe dar por reproducidos los argumentos expresados en la resolución de la instancia por ser plenamente ajustados a derecho. Por cuanto antecede procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida con lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante».

LA DECISIÓN DE NO SUSPENDER EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN CASO DE EXISTIR UNA CAUSA CRIMINAL CUYO OBJETO ESTÉ ÍNTIMAMENTE LIGADO A LA CONTROVERSIA ARBITRAL NO COMPORTA NECESARIAMENTE LA NULIDAD DEL LAUDO QUE SE DICTE (ATSIJ ANDALUCÍA CP 1ª 17 JUNIO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Convenio arbitral irregular — Prejudicialidad penal —

Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 17 de junio de 2021 (ponente: Miguel Pasquau Liaño) desestima íntegramente la demanda de anulación del laudo de 9 febrero 2016, dictado, interpuesta por la representación procesal de la mercantil I.E.P. 2008 SL, con la siguiente argumentación:

«(...) Sobre la prejudicialidad penal en el procedimiento arbitral. Se adujo en la contestación de la demanda del procedimiento arbitral por la hoy actora que el documento contractual en el que se incorporó la cláusula de sumisión a arbitraje y los compromisos que constituían el objeto de la controversia incurrían en falsedad en lo referente a la fecha del mismo, al afirmar que su redacción y firma habían sido posteriores al momento del cese del administrador único de la sociedad, Sr. Martin. Para probar dicha falsedad se solicitó por la entonces demandada una prueba pericial, que no fue admitida por el Sr. Árbitro, al entender éste que contaba con elementos de convicción suficientes como para considerar plenamente válido y eficaz el contrato, así como suscrito en el día de la fecha que en él consta (fundamento de derecho primero del laudo arbitral). Entiende la hoy demandante que la sola alegación de la falsedad, y la acreditación de la interposición de una denuncia por falsedad que fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 5, obligaba al Sr. Árbitro a suspender el procedimiento arbitral por prejudicialidad penal. Existe controversia doctrinal sobre si el procedimiento arbitral es inmune a las cuestiones prejudiciales con efecto suspensivo. La Ley de Arbitraje no hace referencia alguna a dicha posibilidad, por lo que lo que ha de determinarse es si, por vía analógica, resultan de aplicación el art. 4º LEC y el art. 10.2º LOPJ. En su sentencia de 26 septiembre 2019, esta Sala se pronunció en el sentido de entender que, pese a las exigencias de celeridad propias del procedimiento arbitral, no hay razón para excluir la aplicación analógica del art. 10.2º LOPJ y art. 4º LEC al procedimiento arbitral, al preponderar la identidad de razón (art. 4.2º Cc) sobre las diferencias de naturaleza existente entre el laudo arbitral y la sentencia. Es cierto que el arbitraje tiene un fundamento contractual de carácter privado, y no es un orden jurisdiccional, y en ello se diferencia de un procedimiento judicial; pero el ordenamiento jurídico, en atención a la existencia de un régimen legal que incorpora al procedimiento arbitral el contenido mínimo de las garantías de defensa que permiten equipararlo funcionalmente al procedimiento judicial, le otorga al laudo que resulte de dicho procedimiento el mismo efecto que a una sentencia firme: en particular, el efecto de cosa juzgada y la ejecutoriedad en vía judicial. Y en la medida en que la razón de ser de los arts. 10.2º LOPJ y 4º LEC estriba, por un lado, en el interés de evitar resoluciones ejecutivas contradictorias, y especialmente en la atribución exclusiva y excluyente de la competencia para la restitución del orden jurídico como consecuencia de una infracción penal, es claro a juicio de esta Sala que existe la aludida identidad de razón: por la misma razón por la que un órgano de la jurisdicción civil no puede dictar resolución ejecutoria cuando el asunto esté expuesto a un pronunciamiento de la jurisdicción penal que pueda suponer unas consecuencias jurídicas diferentes e incompatibles con las acordadas, tampoco podrá hacerlo un árbitro con el valor reconocido a un laudo por el ordenamiento jurídico. Puede también explicarse esta idea de otro modo: el ordenamiento jurídico pretende evitar cualquier interferencia en la determinación de las

consecuencias de la comisión de un delito, ya provenga de un órgano judicial ajeno a la jurisdicción penal, ya de un pacto entre partes, que de ninguna manera podría resultar vinculante o privar de efectos a lo que en el futuro pudiera determinar el juez penal. Por ello, entendemos que el que la Ley de Arbitraje no prevea expresamente la suspensión del dictado del laudo en caso de acreditarse que existe causa penal con incidencia sobre la cuestión controvertida, no impide aplicar la regla o principio general por vía analógica, pues lo contrario podría comportar (al menos hipotéticamente) que las partes dispusieran libremente y a priori, y con efectos tanto de cosa juzgada como de ejecutoriedad, de las consecuencias civiles de un delito. Por último, no puede olvidarse que las normas de Derecho penal, además de su función reparadora del ordenamiento jurídico, cumplen una función disuasoria o de prevención general que tiene inequívocamente la consideración de orden público, por lo que una decisión arbitral que se desvíe de lo dispuesto en tales normas (cuya aplicación corresponde a la jurisdicción penal) sería por definición contraria al orden público. Entiende la Sala que esta consideración no queda neutralizada con el argumento de que una vez recaída resolución definitiva en el orden penal, ésta prevalecería sobre lo acordado en el laudo arbitral. La supeditación del laudo a la sentencia penal tiene una consecuencia natural, que es la suspensión del procedimiento arbitral, pues lo contrario, como ya se ha dicho, supondría dar fuerza ejecutiva a un laudo cuya eficacia está ya pendiente, en el momento en que se dicta, del resultado de una causa penal ya incoada, sin que tenga sentido postergar la eficacia de la cuestión prejudicial penal a la fase de ejecución del mismo. Con todo, de lo dicho no se desprende que la decisión de no suspender el procedimiento arbitral en el caso de existir una causa criminal cuyo objeto esté íntimamente ligado a la controversia arbitral comporte siempre y necesariamente la nulidad del laudo que se dicte. Al respecto, han de tenerse en cuenta dos consideraciones que, en el presente caso, conducen a desestimar la pretensión anulatoria por esta causa: A) En primer lugar, no es irrelevante que la denuncia que dio lugar al procedimiento penal se presentara con posterioridad a la notificación de la demanda de arbitraje, pues en tal caso el árbitro, del mismo modo que el juez (art. 11.2º LOPJ) ha de poder valorar si la interposición de la denuncia o querrela comporta un mero intento de dilatar, y generalmente frustrar (por la limitación temporal propia del arbitraje) el procedimiento arbitral. Dicho de otro modo, la decisión arbitral de no suspender está sujeta a control judicial por la vía del art. 41 LA, pero el resultado de ese control puede ser, en el caso concreto, la validación de la decisión adoptada. B) En segundo lugar, si una vez que ha de pronunciarse el tribunal sobre la validez o nulidad del laudo ha concluido el procedimiento penal, ello puede y debe valorarse por dicho tribunal, por cuanto, en el caso de sobreseimiento o absolución, habrá desaparecido el riesgo que quiere conjurarse con la suspensión por prejudicialidad penal. Dicho de otro modo, el árbitro, al no suspender, se expone a que el laudo sea anulado, pero si finalmente no hay contradicción entre el mismo y la resolución con que concluya el procedimiento penal, puede ser validado. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso resuelto por la STSJ Galicia de 7 diciembre 2018, cuyos argumentos pueden trasladarse al presente caso: por más que pueda afirmarse que el árbitro debió suspender, en el momento de pronunciarse sobre la nulidad del mismo no existe ya interés legítimo alguno en privar de eficacia al laudo que, en definitiva, no ha resuelto de manera contradictoria con la jurisdicción penal. El riesgo de resoluciones contradictorias tuvo impacto sobre este procedimiento judicial, y motivó que la Sala acordase la suspensión, al estar aún pendientes las actuaciones penales, a fin de que nuestra propia sentencia comportase el riesgo de resoluciones contradictorias entre diferentes

jurisdicciones; pero una vez concluidas las actuaciones penales con sobreseimiento, carece de sentido alguno anular el laudo por no haber suspendido".

«(...) Sobre la validez y existencia del convenio arbitral. Una vez que en sede penal, tras la práctica de la prueba, no ha quedado acreditada la falsedad de la fecha del documento invocada por la parte aquí demandante, la cuestión sobre la certeza de la misma no es sino un problema de valoración de la prueba, competencia del árbitro. En el laudo se ofrecen razones para determinar que existían unas relaciones negociales entre las partes que refuerzan la apariencia de regularidad y existencia del documento, que no pueden en absoluto calificarse como manifiestamente erróneas o irracionales, por lo que, dado el limitado ámbito de cognición propio de la naturaleza de la acción ejercitada, la mera discrepancia de la parte sobre dicha valoración en es apta para fundamentar la nulidad del laudo. En definitiva, debe partirse de que no se ha acreditado, ni en el procedimiento penal ni en el procedimiento arbitral, la falsedad de la fecha del documento en que se incluyen los pactos objeto de la controversia arbitral y la cláusula de sumisión de arbitraje, por lo que es preciso atenerse a su apariencia de realidad. De otra parte, la demandante invoca como causa de nulidad del laudo la insuficiencia de poder del administrador social que intervino en el referido contrato, dados los términos del art. 1.713 Cc, al no quedar acreditada la existencia de un mandato o autorización expresa de la Junta General de socios para someter la cuestión a arbitraje. El argumento tampoco puede prosperar, por las siguientes razones: A) En primer lugar, porque se trata de una cuestión nueva no sometida al árbitro. En su contestación a la demanda arbitral, la hoy actora invocó la inexistencia de convenio arbitral pero sólo sobre la premisa de que la fecha del documento era falsa, y su firma se produjo cuando el firmante en nombre de I.E.P. 2008, SL ya había cesado como administrador, pero no invocó la insuficiencia de representación por falta de autorización expresa. No puede, pues, esgrimir como motivo de nulidad lo que no argumentó como excepción o motivo de oposición en el procedimiento arbitral, pudiendo haberlo hecho. B) En segundo lugar, porque no estamos en presencia de un mandato de representación voluntaria, sino de una representación de carácter orgánico, siendo así que en el ámbito de la eficacia frente a terceros, el administrador de una sociedad de capital ostenta representación para todos los actos propios del objeto social, sin que quepa distinguir entre actos de administración y de disposición o de enajenación, ni tampoco entre actos dispositivos y de transacción o de sumisión de arbitraje».

«Por todo lo expuesto, la demanda ha de ser íntegramente desestimada».

[Véase, Fabio Virzi y Laura Martín, «La prejucialidad penal en los procedimientos arbitrales», supra]

DENEGACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR SUSCITADA EN EL CURSO DE UN PROCESO DE ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL (ATSI MADRID CP 1ª 21 JUNIO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Laudo arbitral — Medidas cautelares: procedimiento.— Anulación parcial del laudo.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 de junio de 2021 (ponente: Jesús María Santos Vijande) desestima la solicitud de medida cautelar interesada con expresa imposición de las costas de este incidente a la demandante. En la demanda se ejercitó una acción de anulación parcial del Laudo arbitral de 29 de diciembre de 2020 –cuya aclaración y complemento se deniega por Laudo de 24 de febrero de 2021 en el Arbitraje CAM 2956, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. La demandante interesó la adopción de una medida cautelar inaudita parte consistente en prohibir a A.N.T.C., S.L., entre tanto se sustancia el procedimiento principal, la operación a través de cualquier otra plataforma tecnológica, propia o ajena, distinta de la Plataforma Cabify, de cualesquiera Licencias VTC que a la fecha se encontrasen adscritas al Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio suscrito con C. el 5 de diciembre de 2018. De acuerdo con la presente decisión:

«(...) La acción de anulación ejercitada por C. se dirige, en concreto, frente a los pronunciamientos 1 y 2 de la parte dispositiva del Laudo Final, que contienen la decisión del Tribunal Arbitral sobre una de las cuestiones objeto de controversia en el arbitraje: si era válida, o no, la cláusula 2.2 del Contrato de Colaboración Novado, que prohibía a A. operar sus autorizaciones administrativas para el arrendamiento de vehículos con conductor (comúnmente conocidas como Licencias VTC) a través de plataformas tecnológicas de intermediación distintas de C.. El Laudo declara la nulidad de dicha cláusula como práctica restrictiva de la competencia por razón del objeto ; también extiende la declaración de nulidad a la correlativa cláusula 10, apartados g) e i), donde se prevén las consecuencias del incumplimiento de la cláusula 2.2 (penalidad convencional, indemnización de daños...). Como queda dicho, la medida cautelar interesada consiste en prohibir a A.N.T.C., S.L., entre tanto se sustancia el procedimiento principal, la operación a través de cualquier otra plataforma tecnológica, propia o ajena, distinta de la Plataforma C., de cualesquiera Licencias VTC que a día de hoy se encuentren adscritas al Contrato de Colaboración y Desarrollo de Negocio suscrito entre A. y C. el 5 de diciembre de 2018 (...). Es evidente que, en el caso presente, lo que se ha debatido en el procedimiento arbitral y se somete a la consideración de esta Sala desde el limitado ámbito del art. 41 LA es la validez o no de una cláusula de no competencia; pero en esta pieza separada de medidas cautelares hemos de ponderar las consecuencias económicas de su inobservancia: estamos ahora, indudablemente, ante una cuestión de índole patrimonial, lato sensu. En casos de esta naturaleza se suele vincular la realidad del periculum in mora a "la ineffectividad irreversible en el derecho de los solicitantes" (v.gr., ATS 11 marzo 2014, FJ 3º), lo que a su vez guarda conexión con la circunstancia de la posible insolvencia de los llamados a restaurar la situación patrimonial a su prístino estado en caso de Sentencia favorable. No obstante, la Sala no puede dejar de tener presente aquella doctrina sentada por el Tribunal Constitucional que expresamente afirma, en casos como el presente –donde el thema decidendi es de índole patrimonial, aunque, dentro de esa índole, comprenda aspectos de naturaleza más intrincada que la estrictamente pecuniaria, como es la posición competitiva de C.– que en absoluto cabe excluir, a priori, el periculum in mora aduciendo la sustancial reversibilidad del daño que se pudiera irrogar (...). Vistos los niveles de facturación y de penetración en el mercado de C., la conducta de A. no pone en peligro ni la subsistencia de C., ni la posibilidad razonable de resarcir los daños y perjuicios que se hayan irrogado hasta la fecha y que se puedan irrogar en el lapso que medie hasta la

resolución ordinaria del presente proceso... Ello no significa desconocer que, en efecto, en empresas como las implicadas, caracterizadas por su implantación tecnológica y por la fragilidad en la fidelización del cliente –así lo ha puesto de manifiesto la prueba practicada–, sea especialmente digna de ponderar la importancia de la pérdida de posición competitiva y el coste de su reparación; pero no en este momento por las razones indicadas. En suma: este Tribunal no aprecia la necesidad de preservar la insatisfacción definitiva –entendida del modo supra reseñado– de la tutela que pueda dispensar una eventual sentencia estimatoria, de modo que proceda decretar una medida cautelar que en realidad tiene naturaleza anticipativa, pues, en rigor, se traduce en la suspensión de la eficacia del Laudo. Procede, pues, desestimar la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de lo que dispone el art. 736.2º LEC, esto es, de que por el cambio de circunstancias o por la eventual concurrencia de vicisitudes procesales sobrevenidas que prolonguen significativamente la duración normal del proceso, pudiera interesarse de esta Sala la reconsideración de su apreciación sobre la entidad del periculum in mora».

[Véase Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, «Una cuestión compleja: un laudo, una acción de anulación, un cumplimiento del laudo y unas medidas cautelares», supra]

LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL VIENE ABOCADADA AL FRACASO, DESDE EL MOMENTO EN QUE ES EL PROPIO ÁRBITRO QUIEN CONSIDERA QUE NO EXISTE TAL CONVENIO (SAP MADRID CP 1ª 22 JUNIO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Laudo CCI — Convenio arbitral: inexistencia o falta de validez — Laudo interlocutorio — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 22 de junio de 2021, nº 46/2021 (ponente: David Suárez Leoz) desestima una acción de anulación, formulada contra diversas órdenes dictadas en el seno del procedimiento arbitral iniciado ante la Corte Internacional de Arbitraje (Caso CCI nº 24654/JPA), imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante. De acuerdo con la presente decisión, que sigue la doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021:

«(...) lo que quiere impugnar la parte actora no es ese laudo final sino un conjunto de decisiones adoptadas por el árbitro en el seno del procedimiento arbitral, adelantándose así a la decisión que debía adoptarse sobre la cuestión planteada ya en aquel procedimiento, relativa a la competencia arbitral. Cuanto ha sucedido con la presente acción de nulidad es que B., anticipándose a lo que debía llegarse en el laudo final, alega las causas de nulidad previstas en el art. 41.1º, letras a) y f) LA para solicitar del Tribunal de Justicia que declare que la controversia no puede ser dirimida por una Corte arbitral. Ejercita por ello una acción que, si bien debe entenderse admisible en determinados casos, pese a la dicción literal del art. 4º LA (que habla de laudos «definitivos» como aquellos susceptibles de la acción de nulidad), en el presente caso no lo es si tenemos en cuenta el texto del art. 22.3º, donde se establece que "los árbitros podrán decidir las excepciones

de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado". En el presente caso, ningún laudo interlocutorio se ya dictado por la Corte Arbitral, sino que la estimación de la pretensión de ausencia de convenio arbitral válido ha sido adoptada por el tan citado árbitro en su laudo final, y que por ello, no ha sido objeto de nulidad en la presente demanda, presentada meses antes de que se adoptara tal decisión, y en la que, además, se le da la razón a la actora»

«(...) tenemos que añadir que la acción de anulación que se ejercita predica la anulación de diversas decisiones adoptadas por el árbitro en el procedimiento que nos ocupa, y que finalmente ha dado lugar a dictarse un laudo final por el que acuerda carecer de competencia, por inexistencia de convenio arbitral válido. 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 del recurso de anulación formulado ya que, en realidad, no se pretende la nulidad de ningún laudo final, ni siquiera de ningún laudo interlocutorio, sino que lo pretendido es la nulidad de las decisiones adoptadas por el Sr. D. Carlos González–Bueno Catalán de Ocón, en el marco del procedimiento arbitral que se sigue a instancia de la ahora demandada, para determinar si tenía competencia o no para dictar una decisión arbitral, y que finalmente ha rechazado, tal y como ya hemos expuesto. Es por ello que la posibilidad de solicitar la nulidad del convenio arbitral viene abocada al fracaso, desde el momento en que es el propio árbitro el que considera que no existe convenio arbitral válido. Por último, no corresponde a la Sala, dado el alcance del procedimiento de anulación en el que nos encontramos, como ya hemos expuesto al examinar la doctrina al respecto, entrar a examinar la corrección jurídica de la decisión adoptada por el colegio arbitral, sino solo comprobar que, si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Como tiene declarada la jurisprudencia en este aspecto, la labor de la Sala tiene como función la de comprobar la regularidad del procedimiento arbitral y como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones. Dicho criterio viene avalado por la citada STC. De 15 de junio de 2020, al establecer: "Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo" (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1º LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues "la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo" (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir –a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial– que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las "exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE de 26 de

octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05)»".

«(...) El laudo resuelve la cuestión de competencia suscitada por la ahora actora, estimándola, por inexistencia de convenio arbitral, y sólo en el caso de que el Tribunal arbitral se hubiera arrogado competencia a pesar de inexistencia de convenio arbitral, sería cuando concurriría el requisito previo e imprescindible para que, ex art. 40 LA, pueda interponerse una acción de anulación, pues no existe el presupuesto objetivo de la acción, ya que no hay nada que anular. Procede por todo lo expuesto desestimar la demanda formulada.

[Véase Blas Piñar Guzmán, «Las prisas no compensan: La impugnabilidad de las órdenes procesales y del convenio arbitral», supra]

EL TRIBUNAL ARBITRAL SE PRONUNCIÓ SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO OBJETO DEL LITIGIO Y SOBRE SU VIGENCIA, Y ASÍ LO HIZO, POR LO QUE NO EXISTE EXTRALIMITACIÓN ALGUNA, AL TRATARSE DE UN ASPECTO INHERENTE A LAS PRETENSIONES ESGRIMIDAS (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 29 JUNIO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Condena en costas — Incongruencia extra petita — Laudo aclaratorio — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 29 de junio de 2021 (ponente: Miguel Pasquau Liaño) desestima íntegramente la demanda de anulación del laudo de fecha 20 octubre 2020 y del laudo aclaratorio de 9 diciembre 2020, interpuesta por la representación de la mercantil H.T.H. & R. S.A., contra la mercantil S. con las siguientes consideraciones:

«(...) Sobre la extralimitación por la condena al pago de rentas entre tanto se proceda a la actualización. Sostiene la demandante que el laudo condena a pagar cantidades concretas (en concepto de renta), pese a que en el suplico de la demanda no se incluía concreción dineraria alguna, ni petición económica clara, concreta, precisa y determinada. El petitum principal de la demanda arbitral consistía en la resolución del contrato de arrendamiento del edificio, con el pago de las rentas devengadas hasta el sometimiento de la controversia a arbitraje según la actualización que procediera, y subsidiariamente, que se procediera a una nueva determinación de la renta actualizada, declarándose ineficaces los informes efectuados por los expertos independientes. Es cierto que de manera expresa no se solicitaba que se condenase a pagar una cantidad u otra en el caso de no entenderse incurso el contrato en caso de resolución. Lo que ocurre es que la resolución no se declara pertinente precisamente porque, a requerimiento del tribunal arbitral, y previa petición expresa al efecto de la demandada de ser reconocido su derecho a enervar la resolución, se le requirió de pago de la renta a fin justamente de dar oportunidad de enervar la resolución. Fue, pues, por otra parte de manera lógica, la demandada, la que introdujo en el procedimiento la cuestión de la subsistencia del contrato por el pago de rentas, y el tribunal hubo de cuantificar el importe de la que debía pagarse como único medio de enervar el derecho de

resolución, pues los requerimientos no pueden hacerse por cantidad indeterminada. Es obvio, pues, que el pronunciamiento que se impugna es consecuencia natural y necesaria de una petición expresa hecha al tribunal arbitral por la parte allí demandada y aquí actora, por lo que no puede ahora invocar extralimitación. A lo expuesto debe añadirse la especial flexibilidad característica del procedimiento arbitral, que permite un desenvolvimiento progresivo de la cuestión controvertida. En la Quinta Orden Procesal, el tribunal arbitral ya invocó el art. 29.2º LA y justificó cómo ese requerimiento no producía indefensión a la demandada (ahora actora), procediendo a efectuar un requerimiento con cantidades concretas, que fueron atendidas justamente para conseguir la desestimación de la pretensión principal de la demandante».

«(...) Sobre la extralimitación relativa a la naturaleza contractual de la Addenda de 25 mayo 2009. Considera la impugnante que el laudo califica contractualmente la tan mencionada Addenda como contrato autónomo de arrendamiento y declara su vigencia sin que ninguna de las partes se lo hubiera solicitado. No ha resultado fácil a la Sala entender este motivo de impugnación. La demandante solicitó que dicho contrato se declarara resuelto ya fuera por expiración del término, ya por incumplimiento del pago de la renta, y subsidiariamente, que se condenase a la demandada al pago de 6.050,72 € más IVA mensuales incrementados en el IPC correspondiente a cada anualidad "en concepto de rentas devengadas e impagadas desde enero 2019 inclusive, más los intereses legales correspondientes". HT, como demandada, opuso que a partir de 2019 la renta pactada en el documento de Addenda habría de considerarse integrada o absorbida por la renta a actualizar referida al hotel en su conjunto, pues la finalidad de dicha addenda no era propiamente la de fijar una renta adicional y añadida a la establecida en el contrato principal, sino la de compensar el hecho de que hasta 2019 la arrendadora no cobrase importe alguno. Es evidente que a fin de pronunciarse sobre la última de las pretensiones esgrimidas por la demandante en el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral debía de pronunciarse sobre la naturaleza del contrato de 25 mayo 2009 y sobre su vigencia, y así lo hizo, por lo que no existe extralimitación alguna, al tratarse de un aspecto inherente a las pretensiones esgrimidas, y sobre lo que se discutió en el procedimiento arbitral. Si, como parece indiscutible, no habría incurrido en incongruencia de haber determinado que el contrato no era autónomo, y que su duración quedaba limitada a 2019, pues a partir de ese momento ya sólo habría que pagar la renta que por el conjunto del hotel se actualizase (tesis de la allí demandada), tampoco puede calificarse como extralimitación haber resuelto en el sentido opuesto».

«(...) Sobre la contravención del orden público por imponer el pago de una doble renta a HT. Considera la actora que el laudo impone el pago de una doble renta por un mismo objeto arrendado, al obligarle a pagar una renta determinada por el conjunto del hotel (objeto del contrato principal), y añadir el pago de una renta de una parte del edificio inseparable de la explotación. Es cierto que aparentemente el laudo no excluye que en la actualización de la renta que deba hacerse se incluya la zona objeto de la Addenda de 25 mayo 2009 (el espacio para desayunos)., pues lo que ha de calcularse es la renta de mercado de un hotel de similares características, y en efecto el hotel como tal dispone de esa zona y servicio, y que además añade la obligación del pago de una renta por ese espacio, como obligación autónoma derivada del contrato de 25 mayo 2009, concebido como autónomo e independiente del principal. Leído con

atención el laudo, sin embargo, no es esa la conclusión a la que hay que llegar. En realidad el laudo no determina cómo debe procederse a actualizar la renta, ni expresamente determina que una vez actualizada, subsista la obligación de pagar la renta de 6.050,72 € más IVA mensuales incrementados en el IPC, pudiendo ello quedar condicionado precisamente a cómo se determine la actualización de la renta conforme al contrato principal de arrendamiento de 3 febrero 2005. Lo que se desprende del laudo es que esa renta pactada en el documento de 25 mayo 2009 es debida por una ampliación del objeto arrendado, pues aunque en contrato principal se describiera el objeto como el edificio como cuerpo cierto, tal contrato debe ser interpretado junto con el documento de su misma fecha, que excluía del mismo una superficie reservada para el arrendador, que después cedería a cambio de una renta adicional. Ello no es sino una interpretación posible del conjunto que integra la operación contractual, integrada por todos los documentos mencionados más arriba, que de ningún modo puede considerarse falto de motivación ni contrario, por su contenido, al orden público, al no vulnerar ninguna norma imperativa. Expresa también con claridad que mientras no se actualice correctamente la renta, es decir, provisionalmente, esa renta no queda absorbida por la que obliga a pagar como consecuencia del contrato principal, lo que no es sino una prolongación de la situación existente, motivada por la falta de actualización de la renta. Es decir, en esta situación interina, debe pagar una renta, que se cuantifica a efectos de enervar el derecho de resolución por falta de pago de la renta, por cada uno de los contratos de arrendamiento que entiende celebrados. Pero ello no supone necesariamente que para el cálculo de la actualización de la renta que deba hacerse se incluya la zona correspondiente al espacio cedido por el contrato de 25 mayo 2009, o que no se tenga en cuenta el pago de dicha renta si sí se incluye. En el laudo aclaratorio se especifica (ap. 12) el "carácter provisional" de la cantidad correspondiente a cada renta "hasta que se realice la actualización". En consecuencia, lo resuelto por el laudo no comporta solapamiento parcial o doble obligación de pago de renta por un mismo objeto, pues no establece que los informes que hayan de efectuar los expertos independientes incluyan la superficie adicionada ni que, si la incluyen, no deban considerar la parte de renta pagada por dicho espacio. Dicho de otro modo, parece evidente que el dato de que se pague o no una renta aparte por el espacio correspondiente al contrato de 25 mayo 2009, que está funcionalmente adscrito a la explotación hotelera, habrá de ser tenido en cuenta en su día para la actualización de la renta correspondiente al conjunto de la explotación hotelera, puesto que la superficie adicional por la que ha pagarse una renta determinada forma parte de la "unidad" o explotación hotelera en su conjunto, por la que habría que determinarse la nueva renta de mercado. A fin de hacer más comprensible esta afirmación que acabamos de hacer, puede imaginarse lo que ocurriría si la arrendataria hubiese adquirido (en vez de arrendado), por contrato de compraventa independiente, la superficie correspondiente al desayunador: en tal caso, una vez actualizada la renta de mercado de un hotel de las características del que nos concierne, teniendo en cuenta todos sus servicios, extensión, etc., no podría no tenerse en cuenta que una parte del suelo sobre el que se levanta el hotel es propiedad del arrendatario, lo que sin duda habría ha de tener impacto sobre el cálculo de la renta por el "hotel" como unidad indivisible. El principio de conservación de los contratos que se prevé como criterio interpretativo en el art. 1.284 Cc, es extensible a cualquier acto jurídico, y también a un laudo como fundamentado en la autonomía de la voluntad, y fuerza a no partir de una interpretación del mismo (es decir, del laudo) que lo haga irrazonable. Por ello, existiendo varias

interpretaciones defendibles sobre su contenido, no debe optarse por la que propone en este procedimiento la actora para exacerbar la apariencia de irrazonabilidad a fin de fundamentar su petición de nulidad, sino por otra (la expuesta en el párrafo anterior) que elude la posible tacha de nulidad. Entendemos, por otra parte, que esta interpretación del laudo que hemos propuesto como preferible es, no sólo posible desde el tenor del propio laudo, sino también perfectamente acorde con la naturaleza de los contratos de arrendamiento que, según el mismo, se han celebrado: tanto el contrato de 3 de febrero de 2005 como el de 25 mayo 2009 son contratos de arrendamiento cuyo objeto lo constituye un "inmueble" (y por tanto uno y otro han de ir referidos a superficies diferentes), y, según la previsión contractual, es con motivo de la actualización a los diez años, no antes, cuando puede pasar a ser un "arrendamiento de industria" (es decir, de una unidad de explotación integrada por un inmueble y por servicios, existencias, etc.), lo que sin duda ha de ser considerado a fin del cálculo de la nueva renta. En absoluto la dicción del laudo impide esta interpretación del mismo, en particular si se tiene en cuenta el laudo aclaratorio. Dicho, en fin, de otro modo: en la medida en que el laudo es interpretable de manera que eludiría el sinsentido jurídico de obligar a pagar por el todo y, además, por una parte del todo, no cabe declarar la nulidad por fundamentada en otra interpretación del laudo que podría conducir a la misma, ni siquiera aunque sea la interpretación también propuesta por la parte aquí demandada en su escrito de contestación. En consecuencia, no procede declarar la nulidad de ese pronunciamiento del laudo por contravención del orden público, al ser interpretable de manera que no imponga un doble pago de renta por una misma superficie en el momento en que se actualice la renta tomando como criterio la renta de mercado del hotel en su conjunto».

LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO ADMITE UNA DECLINATORIA ARBITRAL CON UN RAZONAMIENTO DIGNO DE FIGURAR EN UN MANUAL DE ARBITRAJE (AAP LOGROÑO 1ª 2 JULIO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral — Cláusula patológica — Cláusula predispuesta — Principio *kompetenz-kompetenz* — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, de 2 de julio de 2021 (ponente: Daniel Sánchez de Haro) confirma la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral que decidió que carecía de jurisdicción para conocer de este procedimiento, por estar sometida a arbitraje la cuestión controvertida. De acuerdo con esta decisión:

«(...) discrepa el recurso de la no consideración del seguro que nos ocupa como un contrato de adhesión. Alega error en la valoración de la prueba al respecto. Considera errónea la valoración del Auto, que indica confunde los conceptos de consumidor y adherente. Que Masa no sea consumidor, no quiere decir que no quede amparada por la LCGC, que se aplica a todos los adherentes, incluso en el caso que no sean consumidores. En el presente caso, la póliza es un contrato de adhesión, donde Masa tiene la condición de adherente. La cláusula de arbitraje se ubica dentro del apartado Condiciones Generales, predisuestas por AIG y que se corresponden con un modelo predeterminado, respecto el que no puede ser negociado por Masa, sino sólo

adherirse a su contenido. Siendo además, en el ámbito de contratación de seguros, lo habitual la utilización de condiciones generales. Siendo la póliza un contrato de adhesión, el convenio arbitral infringe el art. 54.2º LEC, por contener un pacto de sumisión expresa en un contrato de adhesión con condiciones generales. Debemos partir nuevamente de la consideración del contrato como seguro de grandes riesgos. Al respecto establece la STS 78/2014 de 3 de marzo, citada en el Auto: "... (...) Aplicando lo expuesto y partiendo de la naturaleza del contrato que nos ocupa, concurren datos para determinar la existencia de negociación entre las partes, con carácter previo a la contratación, que eluden la consideración en el presente caso del contrato como de adhesión. Se parte de la presunción que establece la STS 3 de marzo de 2014, del plano de igualdad en que se encuentran ambas partes para la contratación, pese a que se pueda partir de un modelo contractual que pueda tener la aseguradora. La alegación del recurso, sobre el carácter general de la contratación por adhesión en el ámbito del seguro, no es extrapolable sin más al caso que nos ocupa, precisamente por la especial naturaleza del contrato de autos. Igualmente no es determinante, la posible coincidencia con el modelo AVN98, ya que lo determinante para la adhesión, en la imposibilidad de Masa de negociación sobre dicho contenido, lo que se entiende no se ha producido en este caso. Como indica el Auto, la contratación de la póliza, se realiza por Masa, mediante la intervención de la correduría de seguros SARE, quien es quien contacta con AIG, para la solicitud de la cobertura. De la cadena de correos realizados entre SARE e IAG, aportado como documento 11 de la demanda, puede observarse la existencia de negociación respecto de la inclusión de un asegurado adicional, Gepro Systems S.L., e igualmente respecto a la modalidad de pago trimestral de la prima que era solicitada. Puede establecerse, que si bien, se parte de un modelo elaborado por IAG, ésta acomoda el mismo, o da la opción, al contenido de la póliza previa que tenía MASA, al indicar en el correo la solicitud de remisión de las cláusulas que tienen en la póliza vigente para evitar discrepancias. Manifestando su disposición para cualquier aclaración o modificación que fuera necesaria. Posteriormente se remiten dos opciones de póliza, eligiendo MASA una de ellas. Por tanto, y atendiendo a la intervención mediante asesoramiento profesional de MASA, en la contratación, la acreditación de inclusión por su parte de condiciones de contratación, así como la opción de acomodación de la póliza a la anterior concertada, puede concluirse que la aceptación de MASA del clausulado, incluyendo el condicionado general, lo fue en la libertad de contratación con la que concurre en la contratación, dentro del plano de igualdad en que se encuentra, sin que le fuera impuesto, dicho contenido, ratificando la valoración de la Instancia, sobre no encontrarnos ante un contrato de adhesión. Lo que excluye igualmente la alegación del recurso, sobre el art. 54.2º LEC, al no tener la consideración de contrato de adhesión, sin perjuicio nuevamente de tratarse de una cuestión introducida ex novo, en el recurso de apelación, que excluye su análisis en la Alzada, ex art. 456.1º LEC. Así como decae la argumentación del recurso, sobre la no superación de la cláusula discutida del control de incorporación previsto en el art. 7 LCCG, al no encontrarnos ante un contrato de adhesión. Incluso, a los solos efectos dialécticos de considerar el contrato como de adhesión, no es cierta la argumentación del recurso, sobre que el Auto indica que los adherentes no consumidores, no gozan de la protección de la LCGC. Pues bien, el Auto en su Fundamento Quinto y pese a lo expuesto ut supra, somete la cláusula controvertida al análisis del control de incorporación de la misma, según el artículo 7 LCGC, excluyendo el control de contenido dado que no se trata del supuesto de consumidores, por lo que tan sólo resulta procedente el control de incorporación.

Concluyendo que la cláusula de arbitraje supera dicho control, por las razones que expone que son ratificadas por la Sala, asumiéndolas como propias, no apreciándose la pretendida ambigüedad e indeterminación pretendida. Es entendible que el término "alguna" empleado en la cláusula de sumisión a arbitraje, no presenta el carácter indeterminado que pretende el recurso, sobre que algunas disputas puedan someterse a arbitraje y otras no. Sino que debe interpretarse en el significado gramatical de alguna, en la RAE, Una o varias personas o cosas indeterminadas. La indeterminación del término, no se refiere a la categoría sometida a arbitraje, disputa o diferencia, sino a su contenido, ya que como es lógico, no puede conocerse en el momento de la firma, si surgirán diferencias o su contenido. Siendo claro que la voluntad de las partes es la de someter cualquier disputa o diferencia por un motivo relacionado con el seguro, al arbitraje, sea ésta la que fuere cuando se produzca (alguna). Con mayor claridad aún se presenta aún, las referencias al arbitraje en Londres, así como la disposición legal de Arbitraje vigente en ese momento (el de la disputa)».

«(...) Respecto del último motivo alegado, alega el recurso que la cláusula de sumisión a arbitraje, es inejecutable, calificando la misma como cláusula patológica, dado el contenido vago e impreciso que entiende de la cláusula, por los mismos motivos que indicó en cuanto al control de incorporación antes expuesto. El Auto recurrido, con cita del art. 22 LA, determina que son los árbitros los competentes para pronunciarse sobre la validez del convenio, no entrando a valorar las alegaciones que realiza el apelante en este sentido. Dice dicho precepto que "los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida a entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral" Si bien el Auto no lo indica expresamente, si lo hacen las resoluciones que cita en su Fundamento. Resulta clara la aplicación por el Auto para su respuesta del principio Kompetenz– Kompetenz. El mencionado principio, cuyas primeras formulaciones se remontan al año 1876 por el autor Böhlau, atañe a problemas tan complejos como la distribución de competencias entre subsistemas estatales de solución de controversias o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del poder judicial. Este principio implica que debe ser el propio árbitro quien resuelva los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia. Esta potestad se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde la óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral. El principio en mención presenta una clara raigambre contractual, en cuanto son las partes quienes le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que éste debe conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y sólo si comprueba que el convenio es nulo o inválido, quedarán inhibidos de poder hacerlo. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje dice al respecto lo siguiente: "El art. 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir

sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *Kompetenz – Kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral." En definitiva, el principio *Kompetenz–Kompetenz* implica que son los árbitros quienes en primer término analizan su propia competencia, sin perjuicio de su posterior control judicial por la vía de la acción de impugnación o de anulación del laudo, competencia que se extiende, incluso, al examen de la validez del convenio y de cualesquiera otras cuestiones o excepciones que impidan entrar en el fondo de la controversia. Como afirma la doctrina, dicho principio constituye una regla de prioridad, entendida en su sentido cronológico (y no jerárquico) y viene referida tanto al efecto positivo como al efecto negativo del convenio arbitral. Los árbitros son los primeros en pronunciarse sobre su competencia y entretanto queda excluida la jurisdicción ordinaria, que solo interviene con posterioridad. Se trata de evitar conflictos previos de competencia de los árbitros o de validez del convenio arbitral que afecten directamente, entorpeciendo, al desarrollo del procedimiento arbitral. Sin embargo, este principio sostenido por el Auto, debe interpretarse en los términos fijados por la STS de 27 de junio de 2017, rec. 3292/14, que acude a una interpretación débil de dicho principio ("...")».

«(...) Por lo que si procede la valoración sobre la inejecutabilidad del convenio arbitral que pretende el recurso por el órgano judicial. En el caso presente, si bien el Auto ha rechazado la valoración por lo expuesto, las razones argüidas por el recurso, para fundar la imposible ejecución del convenio arbitral, son las mismas que planteó para determinar la no superación del control de incorporación de la cláusula, según el artículo 7 LCCG, que fueron sobradamente analizadas por el Auto. No se comparte la valoración del recurso, sobre el carácter inejecutable del convenio, en base a la consideración del mismo como cláusula arbitral patológica. La cláusula arbitral patológica, término inicialmente acuñado en 1974 por Fréderick Eisemann, secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, es, sin duda, un hándicap en el desarrollo normal del arbitraje. Un convenio arbitral resulta patológico cuando por los defectos, imperfecciones o deficiencias en su redacción, impide el correcto y normal desarrollo del arbitraje (Matheus, 2004, p. 636). Es entonces que se infiere que la efectiva aplicación de una cláusula arbitral patológica dependerá del esclarecimiento de las imperfecciones o defectos que esta tenga, ya sea en alguno de los requisitos de validez o en los elementos no esenciales de la cláusula. Sin embargo, la simple concurrencia de una cláusula patológica, no necesariamente supone la ineficacia o invalidez del convenio. Como indican, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage comercial internacional*, las patologías implican que el convenio tiene uno o varios defectos que pueden alterar el desarrollo normal de un procedimiento arbitral. Sin embargo, estas cláusulas arbitrales defectuosas deben ser analizadas caso por caso por el árbitro que conoce de la divergencia, en aplicación del principio *kompetenz–kompetenz*, para determinar su eficacia y aplicación a la solución de la controversia. Debe resaltarse que en el caso de encontrarnos ante una cláusula patológica, no se está cuestionando su existencia o validez, sino la posible falta de evidencia por la misma de la voluntad expresa e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje o por contener elementos que la hagan inaplicable, refiriéndose el control judicial sobre la validez

del convenio a estos extremos. En este sentido la Convención de Nueva York de 1958, en su artículo 2.3 determina que "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". Supervisión judicial que debe realizarse en atención al principio favor arbitralis como un principio de interpretación del negocio jurídico, que es el convenio arbitral, que implica una prerrogativa de los árbitros, inclinándose favorablemente hacia el acceso de las partes a acudir al procedimiento de carácter arbitral. La doctrina es clara en este sentido, pues se determina que, al interpretar un convenio arbitral patológico, se debe entender que desde el momento en que las partes incluyeron una cláusula arbitral en su contrato, los jueces deben presumir que su intención es acudir al arbitraje, por lo que deberán respetar el sometimiento convencional de las partes a este método de resolución de conflictos. En este sentido, el favor arbitralis, supone que una cláusula que cuente con deficiencias, debe ser interpretada a favor de la aplicación del procedimiento arbitral, superando cualquier deficiencia en cuanto a redacción o contenido. El no restringir la aplicación del arbitraje ante los supuestos de deficiencias o patologías que pueden ser superables, es la esencia del favor arbitralis, pues éstas no afectan a los elementos esenciales que ratifican la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En el presente caso y por lo ya expuesto, es clara la voluntad de las partes de someter la resolución de controversias al arbitraje. Sobre las alegaciones de inejecutabilidad del convenio, en base a la valoración del recurso de la cláusula como ambigua y oscura en atención a no identificar los tipos de disputa que someten a arbitraje o no indicar la ley aplicable al propio convenio, han sido rechazadas anteriormente en el Fundamento de Derecho anterior, dando por reproducida la argumentación al respecto. En cuanto a la no determinación de la corte de arbitraje competente, si puede apreciarse cierta ambigüedad o imprecisión en la cláusula, pero dicha patología no invalida el convenio en el sentido pretendido. Así lo establece la STS de 10 de julio de 2007; "una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral". Resulta evidente la voluntad de las partes de someterse al arbitraje en Londres, ante las instituciones o cortes arbitrales de dicha ciudad, que serán las competentes para la resolución de los conflictos o controversias, que puedan plantear las partes en cuanto al modo de desarrollarse el arbitraje, lo que será resuelto por la propia regulación de la institución de que se trate, dentro de la ciudad a la que voluntariamente se sometieron las partes para la resolución de la controversia. Por lo que procede la desestimación del recurso».

[Véase Marta Casado Abarquero, «Declinatoria arbitral y seguros de grandes riesgos: a propósito de su eventual calificación como contratos de adhesión», supra]

NO SE ACREDITA LA INFRACCIÓN EN LA DESIGNACIÓN DEL TURNO DE REPARTO, NI SE APUNTA VULNERACIÓN DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LA ÁRBITRA (STSJ MADRID CP 1ª 6 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral Nacional de Consumo — Árbitros: independencia e imparcialidad — Directrices de la IBA 2014— — Motivación — Orden público

— Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 de julio de 2021, nº 50/2021 (Ponente: David Suárez Leoz) desestima una demanda ejercitando la acción de anulación, frente al Laudo de fecha 25 de febrero de 2020, corregido por el Laudo de fecha 4 de junio de 2020, recaídos en el expediente nº 494/2019, que dicta la árbitra designada por la Junta Arbitral nacional de Consumo. De acuerdo con esta decisión

«(...) 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, 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. 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.17.1 de la Ley de Arbitraje. 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." 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." 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 FNAC, 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 FNAC, 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 FNAC. Concluimos, por tanto, que en ningún momento podemos apreciar indefensión material en el presente motivo anulatorio, ya que no es admisible que FNAC 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.

[Véase Laura Álvarez Mera, «De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro», *supra*]

LA ALEGACIÓN REFERIDA A LA INFRACCIÓN DEL TURNO DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS 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 (STSJ MADRID CP 1ª 6 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral Nacional de Consumo — Acción de anulación — Árbitros independencia e imparcialidad — Indefensión — Orden público— Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 de julio de 2021 nº 51/2021 (ponente: David Suárez Leoz) desestima una demanda ejercitando la acción de anulación frente al Laudo de fecha 25 de febrero de 2020, corregido por el Laudo de fecha 4 de junio de 2020, recaídos en el expediente nº 502/2019, que dicta la árbitra designada por la Junta Arbitral Nacional de Consumo. El fallo declara, entre otras cosas, que:

«(...) (E)n 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 L A, 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».

[Véase Laura Álvarez Mera, «De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro», supra]

PROCEDE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS E *INAUDITA PARTE* EN TRAMITACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO EXTRANJERO (AAP MADRID 8ª 7 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje internacional — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Corte permanente de arbitraje — Derecho internacional privado — Egipto — Medidas cautelares previas e *inaudita parte* pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: procedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, de 7 de julio de 2021 (ponente: María del Mar Ilundain Minondo) estima un recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 13 de mayo de 2021, recaído en los autos sobre Medidas Cautelares nº 121/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Majadahonda, que se revoca y deja sin efecto.

Dicho Juzgado por Auto de 8 de marzo de 2021 acordó el embargo preventivo del tren que conforma el Primer Lote del Contrato de Fabricación suscrito entre ENR y Talgo del día 30 de abril de 2019, consistente en un tren compuesto por una locomotora diésel-eléctrica, un coche motor (*power car*) y catorce (14) coches de pasajeros, con una capacidad total de cuatrocientos noventa y dos (492) pasajeros entre primera y segunda clase sito en Paseo del tren Talgo nº 2, localidad madrileña de Las Matas. Debiéndose poner en conocimiento dicho embargo al Ministerio de Fomento, Transportes y Agenda Urbana.

Sin embargo un nuevo Auto del mismo Juzgado de 13 de mayo de 2021 hubo de entender de los siguientes hechos:

A) El demandante interpuso procedimiento de arbitraje frente a la República Árabe de Egipto del que conoció la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, procedimiento 2012-07, a resultas del cual obtuvo un laudo que, entre otros aspectos, condenaba a la República Árabe de Egipto al pago de una indemnización por importe de 43,77 millones de dólares americanos, con un tipo de interés LIBOR compuesto anualmente a 12 meses en dólares americanos más un 2% desde el 19 de febrero de 2000 hasta que se realice el pago. Egipto no ha cumplido con lo resuelto por lo que el demandante ha tenido que solicitar el reconocimiento del laudo, para su posterior ejecución, en distintos países, estando pendiente su reconocimiento ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, autos nº 78/2020.

B) De forma paralela a la tramitación del reconocimiento del laudo, se presentó la solicitud de medidas cautelares previas e "*inaudita parte*" origen del presente procedimiento, en la que se pretendía la adopción de las siguientes medidas cautelares: I) El embargo preventivo, hasta un importe máximo de 87.762.021,96 euros, coincidentes con el principal reclamado y con exclusión de

los intereses correspondientes, de: (a) como medida principal, y para el supuesto en que el tren que conforma el Primer Lote objeto del Contrato de Fabricación de Trenes sea propiedad de TALGO, los Derechos de Crédito que ENR ostenta sobre el Primer Lote y (b) como medida subsidiaria, para el supuesto en el que se haya producido la transmisión del tren mencionado, el Primer Lote. (II) El embargo preventivo, caso de poder acordarse sobre el Primer Lote objeto del Contrato de Fabricación de Trenes deberá ir acompañado, en su caso, de la correspondiente anotación del mismo en el registro de bienes muebles y en todos los registros administrativos correspondientes, así como, en todo caso, de la retención y depósito en las instalaciones de TALGO, S.A. sitas en Paseo del tren Talgo número 2, en la localidad madrileña de Las Matas. Las medidas referidas se relacionan con el Contrato de Fabricación de seis trenes de fecha 30 de abril de 2019 convenido entre *Egyptian National Railways* (ENR) y Talgo.

C) El Juzgado dictó Auto de 8 de marzo de 2021 por el que rechazaba la medida cautelar solicitada con carácter principal y acordaba el embargo preventivo del tren que conforma el Primer Lote del Contrato de Fabricación, así como la anotación preventiva del embargo en el Registro de Bienes Muebles y en todos los registros administrativos correspondientes y la retención y depósito del tren que compone el Primer Lote, con nombramiento de depositario, previa prestación de caución de un millón de euros, que fue debidamente prestada por el solicitante.

D) En fecha 23 de marzo de 2021 Talgo SA rechazó el cargo de depositario manifestando que la entidad contratista en el Contrato de Fabricación de Trenes es Patentes Talgo SLU y que el tren estaba en proceso de fabricación, por lo que las piezas fabricadas hasta el momento eran propiedad de Patentes Talgo SLU, no habiéndose transferido la propiedad a ENR. En fecha 30 de marzo de 2021 el Registrador de Bienes Muebles emitió nota de calificación resolviendo no practicar la inscripción del embargo al no tener el bien embargado los elementos de identificación mínimos para ser susceptible de gravamen hipotecario o pignoraticio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 68 d) de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. E)

El Juzgado dictó Auto de fecha 13 de mayo de 2021 en el que resuelve dejar sin efecto la medida cautelar, en los términos antes expuestos, acordando el archivo de las actuaciones y la devolución de la fianza prestada por el solicitante, y ello por considerar que no se cumple el principio de pertenencia del bien embargado al ejecutado, por cuanto el tren en fabricación no pertenecería en propiedad a ENR sino a Patentes Talgo S.A.U, ni el principio de determinación, pues lo que existe son seis trenes en fabricación sin que se pueda individualizar el tren objeto de la anotación preventiva de embargo al no estar terminado ni tener número de fabricación o serie, siendo un bien futuro sobre el que no cabe el embargo ni resulta posible su anotación en el Registro de Bienes Muebles.

F) Contra este Auto la parte solicitante interpone el recurso de apelación que ahora se resuelve, solicitando su revocación y, en su lugar, mantener lo ya acordado en el Auto de 8 de marzo, con base en los siguientes motivos: (i) la vulneración de los artículos 594.1 y 729 de la LEC, por haber procedido al levantamiento del embargo sin que haya mediado el trámite procesal oportuno, esto es, la tercería de dominio; (ii) la vulneración del artículo 588 de la LEC, por encontrarse el Primer Lote perfectamente determinado e identificado como así lo reconoció el Juzgado y (iii) la vulneración de

los artículos 267.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("LOPJ"), 214.1 de la LEC, y 24.1 de la Constitución Española ("CE"), por infringir el principio de invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales y, consecuentemente, su derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva.

La Audiencia Provincial justifica su decisión en las siguientes consideraciones jurídicas:

«(...) La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la intangibilidad de las resoluciones judiciales puede resumirse señalando que el principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3º CE) como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE). De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la ley. Las resoluciones judiciales sólo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos y cauces procesales taxativamente previstos en la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad los jueces y tribunales entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (art. 18.1º LOPJ), pues si el órgano jurisdiccional modificara una resolución fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial (SSTC 56/2002, de 11 de marzo, 187/2002, de 14 de octubre; 141/2003, de 14 de julio, y 23/2005, de 14 de febrero, entre otras). El Auto de 8 de marzo de 2021, por el que el Juzgado acuerda la medida cautelar de embargo preventivo, es un auto contra el que no cabe recurso (art. 733.2º LEC), por lo que la medida allí acordada debe mantenerse mientras se sigue el trámite de la oposición a las medidas, conforme a los arts. 739 ss LEC, que en el caso no se había iniciado al tiempo de dictarse el Auto recurrido al no haberse hecho efectiva la notificación que impone el art. 739 LEC a la parte cautelada, República Árabe de Egipto. Luego, en tanto no se formule oposición, la resolución que acuerda la medida cautelar es intangible, sin que el Juez pueda alterarla ni modificarla por su propia decisión, ni siquiera acudiendo a la posibilidad de modificación de las medidas cautelares que contempla el art. 743 LEC porque la legitimación para solicitarla corresponde exclusivamente al actor y al demandado, no al Juez. Al dejarse sin efecto sorpresivamente el Auto de 8 de marzo fuera del procedimiento previsto en los arts. 739 ss LEC se ha causado una indefensión material y efectiva a la parte actora, que había obtenido previamente una resolución favorable a sus intereses. Si con posterioridad al dictado del Auto de 8 de marzo el Juez, como parece deducirse del Auto apelado, ha considerado desacertada su resolución, puede acudir a los mecanismos de nulidad legalmente previstos o esperar a la impugnación de las medidas que la parte cautelada pueda realizar por el procedimiento de los arts. 739 ss LEC, pero lo que en ningún caso puede hacer es reponer, motu proprio y fuera de cualquier cauce legal, la decisión ya adoptada. Todo ello sin entrar a valorar, en modo alguno, la decisión adoptada sobre la medida cautelar, plasmada en el Auto de 8 de marzo, por impedirlo el principio de congruencia que resulta del artículo 465.5 LEC ("El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado"), exigencia de congruencia que nos obliga

a ceñirnos al objeto de la impugnación y a los motivos aducidos por la parte recurrente. Por todo ello, y ciñendonos estrictamente al ámbito y motivo impugnatorio expresado, procede su estimación, que conlleva la estimación del recurso y hace innecesario el análisis de los restantes motivos de apelación. La estimación del recurso de apelación comporta la revocación del Auto apelado; todo ello sin perjuicio de la oposición que en su caso pueda formular la parte cautelada conforme al procedimiento previsto en los arts. 739 ss. LEC».

[Véase M^a Victoria Sánchez Pos, « La adopción de medidas cautelares previas e inaudita parte pendiente el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero», supra]

NO ES ADMISIBLE QUE AL AMPARO DE UN VOTO PARTICULAR (QUE SOLO ES ESO, PARTICULAR) SE PRETENDA QUE UN JUZGADO DE INSTANCIA REEXAMINE Y EN SU CASO DEJE SIN EFECTO LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL TSJ CONFIRMANDO UN LAUDO ARBITRAL (AAP MADRID 14^a 12 JULIO 2021)

Arbitraje — Despacho de ejecución del laudo — Convenio arbitral — Corte de Arbitraje de Madrid — laudo arbitral — Voto particular — Unión Europea — Directiva 2011/83/UE — Cuestión prejudicial — Procedencia del despacho de ejecución.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 12 de julio de 2021 (ponente: Sagrario Arroyo García) confirma la decisión de instancia que declaró procedente un despacho de ejecución de un laudo arbitral, confirmado, tras la consiguiente acción de anulación, por el TSJ de Madrid (con un voto particular). De acuerdo con la decisión de instancia (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid de fecha 4 de septiembre de 2020 :

«(...) De conformidad con lo establecido en el art. 556 LEC, si el título ejecutivo fuera una resolución arbitral de condena, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución alegando pago o cumplimiento de lo ordenado, caducidad de la acción ejecutiva, y pactos o transacciones alcanzados para evitar la ejecución. Estas son las únicas causas de oposición de fondo legalmente permitidas. Los argumentos expuestos por la parte ejecutada en su escrito de oposición no pueden incluirse en ninguna de las causas señaladas. Esta circunstancia por sí misma impediría su análisis. No obstante, conviene indicar que las cuestiones que plantea la demandada ya fueron analizadas y resueltas por la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 12 de septiembre de 2019, que desestimó el recurso de anulación formulado por la parte contra el laudo. Los términos en los que se expresa esta resolución son contundentes e inequívocos: en su FD 4º afirma que " no puede hablarse de una relación no negociada, ni de posición abusiva de ningún género por parte de la empresa contratista", y califica los argumentos de la demandada de "planteamiento de conveniencia", lectura "interesada y parcial". Esta juzgadora no puede mejorar lo anterior. No es admisible que al amparo de un voto particular (que solo es eso, particular), se pretenda que un Juzgado de Instancia reexamine y en su caso deje sin efecto la decisión adoptada por el TSJ. Ni se hará tal cosa, ni se planteará una cuestión prejudicial que sirva para demorar el cumplimiento de lo resuelto; la parte debió en su caso haber interesado del Tribunal Superior el planteamiento de la

referida cuestión, en fase declarativa, pero no en fase de ejecución. Por todo lo expuesto, procede desestimar en su integridad la oposición formulada, mandando seguir adelante la ejecución».

La Audiencia añade las siguientes consideraciones:

«(...) De conformidad a los fundamentos transcritos, y con independencia del voto particular, la Sala se pronuncia tanto sobre la inexistencia de convenio arbitral como sobre su posible nulidad, desestimando ambas pretensiones, incluso atendiendo a la condición de consumidora de la Comunidad de Propietarios, con referencia expresa tanto a la legislación especial de consumidores y usuarios, como a la "Directiva 2011/83/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011". En consecuencia, y atendiendo a la doctrina reseñada sobre los efectos de cosa juzgada, en la presente ejecución no podríamos resolver, a los efectos de los preceptos que se invocan en el recurso, en contra de lo establecido en la Sentencia de 12 de septiembre 2019, que es firme, por no ser adecuada al Derecho Europeo, pues, como se reseña en la doctrina jurisprudencial, ha de mantenerse el principio de cosa juzgada aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13. En el recurso de anulación, la Sala de los Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, podría haber anulado el laudo, atendiendo a los argumentos que se reseñan en el voto particular, sin embargo no lo atendió así la mayoría, por lo que no podemos, en la presente ejecución, plantearnos de nuevo (como una tercera instancia), la validez o no del convenio arbitral, o su abusividad atendiendo a la legislación especial de consumidores y usuarios, así como a la normativa comunitaria, por cuanto sería tanto como dejar sin efecto los principios de cosa juzgada. Máxime cuando, como se concluye por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 26 Octubre 2006, C-168/2005, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, al conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral pudo haber apreciado la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si hubiera estimado que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, lo que no hizo, según los argumentos que hemos transcrito, aunque con el voto particular que sí entendía la nulidad, empero, a los efectos de la cosa juzgada hemos de basarnos en el criterio de la mayoría. Por las mismas razones no procede el planteamiento de las cuestiones prejudiciales que se solicitan en el recurso. En conclusión, las causas de oposición con fundamento en los arts. 550.1º, 556.1º, 559.1.2º y 3º, 561 y 562, todos ellos de la LEC, por los que se solicita la declaración de inexistencia de convenio arbitral o, con carácter subsidiario, su nulidad, no pueden ser de recibo, al ser cuestiones ya resueltas en la precitada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) nº 29/2019 de fecha 12 de septiembre del 2019, que es firme, por lo tanto, el recurso ha de ser desestimado, confirmando la resolución apelada en todos sus extremos».

NO PUEDE CONCEDERSE VIRTUALIDAD A UN MOTIVO DE ANULACIÓN QUE SE LIMITA A REITERAR SU DISCREPANCIA SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO (STSJ GALICIA CP 1ª 20 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral de Consumo de Galicia — Acción de

anulación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 de julio de 2021 (ponente: José Antonio Varela Agrelo) absuelve a la parte demandada de la pretensión deducida contra la misma, cifrada en la nulidad del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Galicia, con la siguiente argumentación:

«(...) Señala el demandante que el laudo infringe el orden público porque vulnera el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9 de nuestra Constitución, excediéndose a la hora de resolver la cuestión sometida a su consideración obligándole a sustituir un plato de ducha, que se encuentra en perfectas condiciones de uso tras su reparación, y a instalarlo sobre el suelo desnivelado, que siempre implicará problemas por mucho que se proceda a la sustitución del plato de ducha. Añade que lo mismo ocurre con la colocación de la mampara, ya que el problema vuelve a ser el desnivel de las paredes y no los productos vendidos por él. Procede, en relación con este motivo traer a colación la precitada STSJ Galicia 30/2020 de 24 de noviembre, en la que decíamos: "...". No puede, en consecuencia, concederse virtualidad al motivo, que, en realidad, se limita a reiterar su discrepancia sobre el fondo del asunto en los términos que ya tuvo ocasión de exponer ante la Junta arbitral, y que no fueron acogidos, sin que esta instancia revisora pueda reevaluar tal argumentación, ya que únicamente nos compete en esta materia revisar las tasadas causas previstas en la ley, y aunque entre las mismas se encuentra la alegada, lo cierto es que de expuesto no se deduce ninguna infracción de los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico».

EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD EL MARGEN DE ADMISIÓN DEL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL ÁRBITRO SOBRE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA SE AMPLÍA CONSIDERABLEMENTE (STSJ GALICIA CP 1ª 20 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral de Consumo de Galicia — Arbitraje de equidad — Acción de anulación — Árbitros — Indefensión — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 de julio de 2021 (ponente: Fernando Alañón Olmedo) desestima un laudo arbitral administrado por Xunta Arbitral de Consumo de Galicia que condenó a una Clínica Odontológica. Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

«(...) El laudo dictado en equidad se ajusta a lo que el árbitro considere según su leal saber y entender y, por consiguiente, no existe un sometimiento al ordenamiento jurídico en los términos en los que si se sumerge el arbitraje de derecho, sin perjuicio del respeto a principios básicos de contenido formal cuya elusión podría determinar la nulidad del laudo. Y es que con arreglo a ese leal saber y entender, el margen de admisión del conocimiento privado del árbitro sobre las cuestiones objeto de controversia se amplía considerablemente. Sabido es que la prueba pericial procede en los casos que para resolver la cuestión litigiosa se precisen conocimientos científicos,

artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (art. 335.1º LEC), de modo que debe quedar excluido el conocimiento privado del juez que sobre aquellas circunstancias existiera en primer lugar por no existir constancia de que el juez cuente con el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, lo que es exigido a los peritos (art. 340) y, en segundo lugar, y más importante, porque no sería posible el contraste y crítica de tal conocimiento, lo que si tiene lugar cuando se arbitra adecuadamente la prueba pericial, de modo y manera que el conocimiento privado del juez solo es predicable respecto de los hechos públicos y notorios en general, tal y como prescribe el art. 284 LEC. Es acertada la posición del demandante si de un arbitraje de derecho se tratara, pero no cuando se está ante el juicio de equidad en el que la decisión se ampara en el criterio personal del árbitro en orden a alcanzar aquella condición en la resolución del conflicto, de conformidad con el criterio personal, subjetivo, íntimo del árbitro. En este caso es posible que el árbitro alcance su propio conocimiento de la cuestión pues de esa manera conformará su propio saber y entender que habrá de constituir la base de su decisión, precisamente lo que ha acontecido en este caso donde la motivación del laudo muestra de modo inequívoco cual es el entender del árbitro e incluso la fuente de conocimiento en la que se apoya su conocimiento. Así las cosas, no se está tanto en la vulneración de los derechos del demandante en cuanto no ha podido participar en una pretendida prueba pericial que, de facto, se ha practicado sin contar con garantías sino ante el dato de que el conocimiento del árbitro de las cuestiones sometidas a su decisión se extiende a conceptos de ajena pertenencia y, concluimos, sentado que el arbitraje es de equidad, su función se cumple resolviendo con arreglo a esta mediante el empleo de su propio conocimiento razonablemente obtenido. La consecuencia no es otra que el rechazo de la demanda por no entenderse vulnerado derecho alguno del demandante en el proceso arbitral de referencia al haber resuelto el árbitro, en equidad, conforme su leal saber y entender».

RECHAZO DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN CONTRA UN LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DEL FÚTBOL (STSJ MADRID CP 1ª 20 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Motivación Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 de julio de 2021 (ponente: David Suárez Leoz) desestima una acción de anulación, formulada, en representación de la entidad Rayo Vallecano de Madrid, contra el Laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Fútbol el día 23 de junio de 2020. La presente decisión siguiendo la doctrina sentada por las SSTC 46/2020, de 15 de junio de 2020 y de 5 de febrero de 2021 afirma que:

«(...) basta la lectura del laudo para tener una cabal comprensión de las razones por las que el árbitro resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque la ahora actora no comparta sus conclusiones, y lo hace con argumentos fundados en derecho, razonables y razonados. De los autos queda acreditado con claridad que el árbitro 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 la motivación 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 (...). En definitiva y como señala la STC. de 15 de febrero de 2021, "... 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". 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. Resulta por todo ello, procedente rechazar los motivos de anulación planteados».

NO SE HA PROBADO QUE LA ÁRBITRO QUE INTERVINO EN TODOS ESTOS ASUNTOS FUESE OBJETO DE RECUSACIÓN, LO QUE HUBIESE SIDO PROPIO SI SE ADVIRTIESE EN ELLA EL RIESGO DE QUIEBRA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE SU DEBIDA NEUTRALIDAD (STSJ MADRID CP 1ª 20 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Ausencia de independencia e imparcialidad del árbitro — Indefensión — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 20 de julio de 2021, nº 53/ 2021 (Ponente: Celso Rodríguez Padrón) desestima estima no haber lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral dictado con fecha 25 de febrero de 2020 en el seno de la Junta Arbitral Nacional de Consumo argumentando, entre otras cosas que:

«(...) recordaremos que con arreglo a esta jurisprudencia constitucional, el ámbito de revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales resulta ciertamente limitado, pudiendo leer, como parámetros esenciales de referencia, en este momento inicial, y sin perjuicio de ulteriores precisiones específicas, las siguientes consideraciones: — En la STC 17/2021, de 15 de febrero, 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". — En la misma STC que "Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte

de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o puerta falsa..." — En cuanto se refiere a la valoración de la prueba, podemos recordar lo expuesto en nuestro Auto de 9 de marzo de 2021 (NLA 1/2020) en el que decíamos: "Como hemos sostenido otras veces, en el estricto margen de la acción de nulidad de los laudos arbitrales, no corresponde a los Tribunales una labor de revisión de la prueba, asumiendo funciones que, en palabras del Tribunal Constitucional (STC de 15 de febrero de 2021) supondrían tanto como "sustituir el criterio alcanzado por el árbitro" ni de validación general de las conclusiones a las que —por ello— puedan llegar los árbitros. Es más: ni siquiera nos corresponde enjuiciar el contenido de los laudos impugnados de acuerdo con nuestros criterios valorativos o interpretativos del Derecho; no cabe por lo tanto anular aquellos que alcancen incluso una conclusión a la que nosotros no hubiésemos llegado" (solo cabe añadir: en la aplicación judicial del Derecho) (...) El análisis de la alegación de falta de neutralidad del árbitro, ha de enmarcarse en la doble exigencia contemplada en el art. 17.1º LA, a cuyo tenor:"1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante todo el procedimiento independiente e imparcial. En todo caso no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial". Bajo el concepto de neutralidad quedan comprendidas ambas vertientes de la garantía legal, que esta misma Sala abordó en pronunciamientos como por ejemplo los expuestos en la STSJM de 9 de julio de 2013, en las que se afirmaba que la independencia es un concepto objetivo que se centra en la relación que el árbitro pueda tener con las partes, mientras la imparcialidad se refiere más a la relación de los árbitros con la propia controversia siendo de índole subjetiva y más difícil de probar. Mientras que para los integrantes del Poder Judicial ambos conceptos son de naturaleza constitucional (art. 117 CE), en el ámbito del arbitraje giramos en torno a exigencias de rango legal, pero en cualquier caso fundamentales a la hora de consolidar el arbitraje (ya visto de forma genérica como institución, ya de manera específica en relación con un caso concreto) como un sistema de garantías. De ahí que se contenga en el mismo precepto citado como verdadera norma imperativa el deber de revelación que pesa sobre el árbitro frente a las partes, poniéndoles de manifiesto toda circunstancia que pueda provocar en ellas una duda justificada sobre su imparcialidad o independencia (...). Aplicando las consideraciones marco que hemos expuesto hasta ahora al supuesto que nos ocupa, ya podemos avanzar la desestimación de la primera de las alegaciones esgrimidas por la actora al denunciar la vulneración del concepto de orden público. 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). Examina la teoría del error invalidante del contrato y, basándose en la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en STS 603/2016, aprecia en la empresa vendedora una falta de diligencia a la hora de difundir el precio de venta, que protege a la parte compradora, confiada en la apariencia de toda declaración seriamente emitida (FJ 4º). Se ampara en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de examinar el principio de confianza en el desarrollo del comercio electrónico y lo relaciona con las disposiciones de la ley española de Defensa de los Consumidores y Usuarios (FJ 7º). Descarta también (FJ 9º ss) el abuso del derecho en el comprador, y concluye negando a éste su derecho a la obtención de tres terminales telefónicos (que la contestación a la demanda

dice que eran para uso familiar) al entender que semejante cantidad en compra puede suscitar la duda acerca de la condición específica e individualizada de consumidor. 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 basada en la infracción del orden público material. Por otra parte, 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. Nos referimos concretamente a cuanto debiera resultar probado sin atisbo de duda: la venta a pérdidas que según la demanda de nulidad se ve validada por el laudo arbitral, y ello por la sencilla razón de que entre la prueba documental que consta en las actuaciones no figura acreditado el precio al que Fnac adquirió a la fabricante (o a cualquier intermediario comercial) los terminales luego vendidos, sin que esta Sala pueda deducir por ello el importe que haya tenido que soportar como pérdida al ofertarlos por un precio que tendría que ser sensiblemente inferior. 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 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. 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».

[Véase Laura Álvarez Mera, «De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro», supra]

NO SE ACREDITA LA INFRACCIÓN EN LA DESIGNACIÓN DEL TURNO DE REPARTO, NI SE APUNTA DE QUÉ MANERA SUPONE LA VULNERACIÓN DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO (STSJ MADRID CP 1ª 20 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Junta Arbitral Nacional de Consumo — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional - Indefensión — Ausencia de independencia e imparcialidad del árbitro — Deber de revelación — Directrices de la IBA — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 20 de julio de 2021, nº 54/2021 (Ponente: David Suárez Leoz) estima no haber lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral dictado en el seno de la Junta Arbitral Nacional de Consumo argumentando, entre otras cosas que:

«(...) 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, 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. 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, 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." 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 FNAC. Concluimos, por tanto, que en ningún momento podemos apreciar indefensión material en el presente motivo anulatorio, ya que no es admisible que FNAC 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».

[Véase Laura Álvarez Mera, «De la relevancia de recusar oportunamente al árbitro», *supra*]

LA CUESTIÓN ES ARBITRABLE PUES VERSA SOBRE EL CUMPLIMIENTO POR UN COMERCIALIZADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE CIERTAS OBLIGACIONES LEGALES EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO (STSJ CATALUÑA CP 1ª 22 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Arbitrabilidad — Doctrina del Tribunal Constitucional — Principios rectores del procedimiento arbitral — Principio de contradicción — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de julio de 2021 (ponente: Jordi Seguí Puntas) desestima una demanda de nulidad del laudo arbitral dictado el día 7 de noviembre de 2020 por l'Agència Catalana de Consum de Catalunya, con, entre otras, las siguientes argumentaciones:

"(...) 1. La acción de nulidad objeto de las presentes actuaciones se funda en primer lugar en el subapartado letra e) del art. 41.1º LA en relación con el art. 2 de esa misma ley, denunciándose que «el objeto sobre el que versa el procedimiento arbitral es una materia que no es de libre disposición entre las partes». En el desenvolvimiento de la causa de nulidad se expone que la materia objeto del presente arbitraje está íntimamente relacionada con el bono social (descuento sobre la facturación del consumo de energía eléctrica fijado por el Gobierno con el fin de proteger a determinados tipos de consumidores), y dado que la regulación de ese bono social contenida en el Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, y en la Orden ETU/943/2017, de la misma fecha, establece que la regulación y concesión del bono compete en exclusiva al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (METAD), actualmente Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, la demandante de nulidad concluye que la controversia objeto del presente arbitraje no es arbitrable. Se añade que así lo habría acordado –sin precisar de qué modo y a través de qué resolución– la Subdirección General de arbitraje y derecho de los consumidores del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. La causa de nulidad no puede ser acogida por lo que se expone a continuación.

2. Las partes pueden someter a arbitraje "las controversias sobre materias de libre disposición

conforme a derecho" (art. 2 LA), y tratándose de arbitraje derivado de la adhesión voluntaria del empresario al sistema arbitral de consumo, estén comprendidas bajo su ámbito en función de los términos de tal adhesión. El principio de contradicción que debe presidir la controversia arbitral exige que el demandante exprese en su escrito inicial los hechos, la naturaleza y circunstancias de la controversia y la pretensión que formula, pudiendo el demandado responder a lo planteado en la demanda (art. 29.1º LA).

3. La regulación del bono social contenida en el Decreto y la Orden de desarrollo mencionadas ciertamente atribuye al METAD la competencia para establecer las condiciones objetivas y subjetivas para acceder al bono social o "descuento sobre el PVPC" (Precio Voluntario para el Pequeño Consumidor regulado por el Decreto 216/2014), y también para la concesión o denegación del mismo a través de la respuesta que dé la aplicación telemática disponible en la sede electrónica del propio Ministerio a la solicitud del consumidor tramitada por conducto de un comercializador de referencia (arts. 6 Decreto y 6.1 Orden). En este último sentido, la normativa también es clara al establecer el consumidor que tenga contratado el suministro de su vivienda en libre mercado no puede acogerse al PVPC y por tanto tampoco al bono social, sino que para ello debe cambiar la modalidad de contratación a PVPC con un "comercializador de referencia", debiendo a tal efecto el comercializador en mercado libre informar al consumidor de que ha de contratar el suministro con un comercializador de referencia (art. 5.1º y 2º Decreto). La demandante precisa que en el Grupo Endesa la sociedad Endesa Energía SAU cumple la función de comercializador en mercado libre y que el comercializador de referencia del Grupo es "Energía XXII Comercializadora de Referencia SLU" (en la documentación aneja a la demanda consta como "Endesa Energía XXI Comercializadora de Referencia SLU").

4. Debe hacerse notar que el primer fundamento del laudo impugnado pone de relieve que el procedimiento arbitral trata «d' nanalitzar no tant l'eventual decisió administrativa de la concessió del bo social sinó el capteniment de la reclamada a l' hora de gestionar i vehicular, tal com reglamentàriament li és exigible, l'eventual concessió d'aquest bo social». Ello es coherente con el planteamiento de la primera queja dirigida por la abonada señora Agueda a Endesa Energía en fecha 9 de abril de 2019, donde se expone su incomprensión por el hecho de que se le responda que su solicitud no es atendida por razón de "imposibilidad de comprobar niveles de renta", siendo así que en la solicitud del bono del anterior 7 de marzo constaba la autorización para toda clase de comprobación. La hoja de reclamación ante Consumo presentada el 6 de junio –origen mediato del presente arbitraje– insiste en ese planteamiento, reiterando su incomprensión por el hecho de que por dos veces (12 de marzo y 17 de abril, pese a que en escrito de 4 de abril Endesa le había comunicado que "hemos corregido la causas que originaron esta incidencia confiando en que esta no volverá a repetirse") se le responda que su solicitud de bono social no puede avanzar por la imposibilidad de comprobar su nivel de renta. Es decir, se cuestiona el comportamiento (captiniment) de Endesa Energía en orden al cumplimiento exacto de las obligaciones que la normativa reglamentaria pone a cargo del comercializador de energía eléctrica en orden a la tramitación de la solicitud del bono social presentada por un consumidor, a la comprobación de que la misma va acompañada de la documentación exigible, incluida la facultad de recabar información de las Administraciones vinculadas con la atención del consumidor que cumpla los

requisitos para ser vulnerable, y a la comunicación de la respuesta que obtenga de la aplicación telemática del METAD (arts. 5, 7 y 8 Decreto 897/2017). Se trata por tanto de una cuestión que versa sobre el cumplimiento por un comercializador de energía eléctrica de ciertas obligaciones legales –informativas y de gestión proactiva– en el marco de un contrato de suministro con una consumidora, por lo que no se atisba razón alguna determinante de su no arbitrabilidad, máxime cuando –como resalta el propio laudo– el art. 8.2º del Decreto de constante referencia termina significando que "si existieran discrepancias [entre el consumidor y el comercializador de referencia], los consumidores podrán reclamar ante los servicios de consumo correspondientes, en los términos que establezca la normativa de defensa de los consumidores". Significar, por último, que no habiéndose fundado la nulidad en el subapartado letra c) del art. 41.1º) LA (resolver el árbitro sobre cuestiones no sometidas a su decisión) huelga entrar en el análisis de las supuestas exclusiones voluntarias del convenio de adhesión –que tampoco se aporta– al sistema arbitral de consumo suscrito por la Endesa Energía XXI con la Junta Arbitral de Consum de Catalunya».

"(...) Vulneración del orden público 1. La causa segunda de nulidad invocada es la prevista en el apartado letra f) del art. 41.1º LA, por considerar Endesa Energía que el laudo vulnera el orden público. Se arguye que el laudo vulnera el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9 de la Constitución española, al "obligar a mi representada al cumplimiento de unas obligaciones exorbitantes, no estipuladas por la normativa aplicable al bono social". Esas obligaciones exorbitantes se vinculan con la incontestable realidad de que el Decreto 897/2017 en lo que se refiere a la tramitación y aplicación del bono social solo establece funciones a cargo de los denominados comercializadores de referencia, cualidad que Endesa Energía niega ostentar. La nulidad se plantea retóricamente por medio de la siguiente pregunta: "¿debe una comercializadora en mercado libre asumir obligaciones impuestas específicamente a una comercializadora de referencia?".

2. La más reciente 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 ya mencionada 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. 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". En definitiva, "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". Habiendo unido el TC a la exigencia de coherencia formal del razonamiento, la de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable, entendiéndose por tal "aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aludidas".

3. Ello sentado, la segunda causa de nulidad formulada tampoco puede prosperar. Tan cierto es

que en el Grupo Endesa las funciones de comercializador en el mercado libre y en el mercado regulado son desarrolladas respectivamente por Endesa Energía SAU y Endesa Energía XXI SLU, como que la tramitación de la solicitud del bono social que rellenase en marzo de 2019 la abonada señora Agueda fue asumida por las referidas empresas indistintamente, sin cuestionar en ningún momento anterior al inicio del procedimiento arbitral la competencia de cualesquiera de ellas para el diligenciamiento y seguimiento de esa solicitud siguiendo los trámites del Decreto 897/2017. A tal efecto baste advertir que (i) la solicitud de bono social firmada por la señora Agueda en fecha 7 de marzo de 2019 consistía en un documento de seis hojas encabezado por el rótulo Endesa comercializadora de referencia y seguido de una mención a Endesa Energía XXI SLU con su CIF y su domicilio en Madrid, (ii) en dicha solicitud la señora Agueda aceptaba expresamente formalizar un contrato con la comercializadora de referencia a los efectos de lo previsto en el art. 5.4º del Decreto 897/2017, (iii) las respuestas transmitidas por el comercializador a la abonada en sendos escritos de los días 12 de marzo y 4 y 17 de abril de 2019 se contenían en hojas encabezadas por el rótulo genérico de Endesa, y un pie que hacía referencia al Departamento Bono Social o al Director de Atención al Cliente, (iv) frente a la reclamación formulada ante Consum en junio de 2019 por la señora Agueda contra "Endesa Energía", respondió por correo electrónico la unidad territorial de reclamaciones de «Endesa» invitando a la abonada a presentar ante sus oficinas una nueva solicitud de bono social, (v) en el escrito de oposición presentado ya en el procedimiento arbitral en octubre de 2020 por Endesa Energía SAU se alegaba que en tres ocasiones y por diversas razones la aplicación telemática del METAD había rechazado la solicitud del bono, llegándose a afirmar que "no correspon a Endesa Energia SAU assignar aquest descompte, donat que depèn exclusivament de la resposta rebuda del Ministeri en relació al compliment de les condicions o no", para acabar recordando que es imprescindible hallarse dado de alta con la comercializadora de referencia para la solicitud del bono, obviando que en la solicitud inicial la señora Agueda había aceptado esa nueva contratación del suministro con Energía XXI SLU precisamente con la finalidad de propiciar la concesión a su favor del bono social; (vi) en la demanda de nulidad que abre este procedimiento la propia Endesa Energía se refiere de modo reiterado a Endesa Energía XXI como "departamento competente para la tramitación del bono social", evidenciando con ello una confusión de personalidades entre ambas cuando menos en su relación frente a la consumidora reclamante. En definitiva, no se vulnera el principio de seguridad jurídica por el hecho de atribuir a una empresa comercializadora de energía eléctrica el cumplimiento de unas obligaciones legales en el marco de una relación de consumo que la propia empresa ha asumido voluntaria y reiteradamente pese a corresponder estrictamente a otra empresa del mismo grupo, con la que actúa de modo indiferenciado frente a sus abonados».

NO ASISTE LA RAZÓN A LA MERCANTIL DEMANDANTE CUANDO EXIGE LA CONSTANCIA POR ESCRITO EN DOCUMENTO FIRMADO POR AMBAS PARTES COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL (STSJ MURCIA CP 1ª 26 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Convenio arbitral: inexistencia o falta de validez — Verificación del convenio arbitral — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 26 de julio de 2021 (ponente: Enrique Quiñonero Cervantes) declara no haber lugar a la anulación de un laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con la siguiente argumentación:

«(...) Fundamenta la mercantil demandante su pretensión de nulidad del laudo impugnado en el motivo contenido en la letra a) del ap. 1 del art. 41 LA, invocando que la inexistencia de convenio arbitral entre las partes o, en su caso, que el mismo es nulo por falta de consentimiento de éstas. Discrepa así del laudo que sostiene que la existencia, validez y eficacia de la cláusula arbitral contenida en el contrato que la ahora demandante entregó a los aquí demandados. Alega la contradicción del criterio arbitral con lo preceptuado en el art. 9 LA, cuyo ap. 3 dice que el convenio deberá constar por escrito en un documento firmado por las partes (...). La respuesta a la pretensión de la mercantil demandante pasa por recordar el valor que la forma tiene respecto del negocio jurídico; o, más claramente, si tal forma afecta a la estructura esencial del mismo de manera que pueda equipararse a los requisitos de existencia que contempla el art. 1261 Cc. O si sólo tiene un valor ad probationem que daría lugar sólo a una acción para exigir el otorgamiento documental, dejando a salvo la validez y eficacia del negocio (cf. 1280 y concordantes del Cc). Al negar la demandante la existencia de consentimiento de las partes sobre la cláusula arbitral olvida que el consentimiento en la contratación prescinde de la forma en que se plasma (cf. 1258 y concordantes del Cc). Quiere decirse que no pueden mezclarse ambas cuestiones, la relativa a la forma y la que atiende al consentimiento. Estimamos así que en el caso examinado existió consentimiento a través de la reiterada comunicación inter partes sobre el objeto del contrato y sus respectivas obligaciones, incluida la voluntad de ambas de solucionar sus controversias por vía arbitral. Concurrencia de consentimiento que no resulta afectada por las circunstancias excepcionales que frustraron la celebración del evento objeto principal de lo convenido por las partes. No asiste la razón a la mercantil demandante cuando exige la constancia por escrito en documento firmado por ambas partes como requisito de validez de la cláusula arbitral. Las previsiones legales al respecto son más amplias y variadas. Así, el art. 9.3º LA admite la validez de la cláusula arbitral que se haga constar en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Y añade en su ap. 4 que se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. En idéntico sentido se pronuncia el art. 24.1º del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Sin olvidar tampoco la fuerza vinculante de la oferta en el marco de la buena fe establecido en el art. 1258 Cc y en el ámbito de protección de los consumidores. Corresponde aquí atenernos al sentido literal de las palabras de la ley, pues es claro el tenor de las mismas; de acuerdo con el mismo esta sala conviene que, aunque carente de firma, hubo un acuerdo sobre el arbitraje que queda acreditado por la documental incorporada al expediente arbitral. En virtud de estos razonamientos debe ser desestimado el recurso de nulidad interpuesto contra el laudo de fecha 17 de noviembre de 2020, 580/2020, dictado por la Junta Arbitral de Consumo de la CCAA de la Región de Murcia».

LA DECLINATORIA ARBITRAL DEBERÁ PROPONERSE DENTRO DE LOS DIEZ PRIMEROS DÍAS

DEL PLAZO PARA CONTESTAR A LA DEMANDA (SAP CÁDIZ 5ª 6 JULIO 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Plazo para efectuarla — Desestimación de la declinatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, de 6 de julio de 2021 (ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Cano) estima un recurso de apelación razonando como sigue:

«(...) Hemos de comenzar con el motivo de recurso que impugna la estimación de la oposición de sumisión de la cuestión a arbitraje, que de ser estimada, haría innecesario entrar a analizar la falta de legitimación activa, también apreciada en instancia e impugnada en el recurso. La LEC en el art. 63, ap. 1, preceptúa que, mediante la declinatoria, el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a árbitros. Y conforme al art. 64.1º LEC, la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal, suspensión que declarará el letrado de la Administración de Justicia. La tramitación y decisión de la declinatoria se regula en el art. 65, cuyo ap. 2 establece: "Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación." Por su parte, en sede de regulación de la audiencia previa en el juicio ordinario, se destina el art. 416 LEC al examen y resolución de cuestiones procesales, previendo en su ap. 2 que en la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los arts. 63 ss de esta Ley. Por todo ello, si el demandado consideraba que carecía de jurisdicción el juzgado por haberse sometido el asunto a arbitraje, debió plantear en plazo la declinatoria, lo que no acontece en este caso, ya que se alegó en la contestación en la demanda, ni siquiera como primera cuestión controvertida (se plantea antes la falta de legitimación activa), y sin cumplir el plazo de 10 días, ya que seapuró el plazo de 20 días para contestar a la demanda. Por ello, no habiendo sido planteada mediante declinatoria ni en el plazo de diez días hábiles, no procede estimar la excepción como se hace en la sentencia apelada, sin que tampoco pueda ser apreciado de oficio por el tribunal, porque la contestación a la demanda se considera como una sumisión tácita al Juzgado. Por ello, este motivo de recurso ha de ser estimado, por lo que ha de entrarse en el análisis del resto de motivos de recurso».

NO NOS HALLAMOS ANTE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN COMO VERTIENTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SINO ANTE LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO MILIMÉTRICO DE LOS PLAZOS EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL (STSJ MADRID CP 1ª 7 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del tribunal constitucional — Ausencia de

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 7 de septiembre de 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara no haber lugar de nulidad del laudo arbitral dictado por árbitro único en el seno de la Corte de Arbitraje de Madrid, de fecha 14 de octubre de 2020, y laudo aclaratorio de 10 de noviembre de 2020. De acuerdo con esta decisión

«(...) La demanda de nulidad que da origen al presente proceso (...) (e)n su fundamentación jurídica expresa que resulta consustancial al procedimiento arbitral el que las partes acepten la decisión del árbitro "sin perjuicio de que la legislación preserve el principio de tutela judicial efectiva mediante la acción de nulidad. Con base en esta premisa, denuncia la contrariedad del Laudo al orden público, transcribiendo en esta parte de la demanda una serie de sentencias que afrontan este concepto desde diversos puntos de vista, aunque ya podemos avanzar que sin traducción comentada de su aplicación concreta al supuesto que es objeto del presente proceso (...). Desde tan abierto planteamiento no está de más recordar algunas consideraciones generales en torno a la naturaleza del procedimiento establecido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para encauzar la impugnación por nulidad de los laudos arbitrales. No solo la doctrina, sino asimismo la Jurisprudencia –ordinaria y constitucional– han venido dedicando a esta cuestión abundantes reflexiones, que a modo de resumen, pueden condensarse en cuanto expresó el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Auto 231/1994, de 18 de julio, cuyo FJ 3 señalaba que: "...". Siguiendo esta misma línea –como no podía ser de otro modo– la STSJ M 14/2015, de 3 de febrero de 2015 señalaba en su FJ 2º que: "...". Nunca podría, por tanto, este Tribunal pronunciarse sobre las cuestiones que se debatieron en el procedimiento arbitral. La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del Poder Judicial, determinan –como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009– que "...". No por conocido deja de ser importante la plasmación de este planteamiento de arranque. En determinados supuestos, la pretensión que formalmente se ampara en la invocación de una causa de nulidad, cuanto pretende en el fondo es replantear ante la jurisdicción la pretensión que se vio rechazada ante el órgano arbitral, rebasando de tal modo lo que debe ser el correcto entendimiento del proceso de anulación del laudo (...). Son asimismo numerosos ya los 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. 1.– Una Jurisprudencia constante, ya clásica, nacida 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 desarrollando el 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 (...).

2.– Las SS TC 46/2020, de 15 de junio de 2020, 17/2021, de 15 de febrero de 2021, y 65/2021, de 15 de marzo de 2021, han incidido con especial rigor en la correcta delimitación del concepto de orden público, en clara doctrina contraria a 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 mandado contenido en el art. 5.1º LOPJ. Muy sintéticamente, recordaremos que con arreglo a esta jurisprudencia constitucional, el ámbito de revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales resulta ciertamente limitado, pudiendo leer, como parámetros esenciales de referencia, las siguientes consideraciones: — En la STC 17/2021, de 15 de febrero, 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". — En la misma STC que "Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el ap. 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o puerta falsa..." — Ya que en el primer motivo de anulación se invoca expresamente la contravención del orden público por carencia de motivación del Laudo, no resulta baladí que recordemos lo expresado en la STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 (caso Kalachnikoff) en cuanto dice que la motivación de los laudos tan siquiera se requiere que sea exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide. Ha de contener los elementos y las razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, con un solo límite: que no sean arbitrarios. Esto viene a resumirse en tres exigencias: coherencia formal del razonamiento, apoyo en premisas verificables, y desarrollo con razones lógicas (...).

«(...) Enlazando con esta última doctrina, ya podemos avanzar que esta Sala no comparte las afirmaciones de la parte demandante acerca de la carencia de motivación del Laudo examinado (...). Insistimos: sin entrar a razonar sobre el fondo del asunto (hemos dicho muchas veces que la motivación de un laudo sobre el fondo no tiene por qué coincidir con la solución que pueda dar un Tribunal de Justicia), el análisis de la cuestión que se lleva a cabo por el árbitro, cumple sobradamente con las exigencias de motivación de los laudos, por su detalle y suficiencia. Es más: diríamos también que por su acierto, pero esto supondría evaluar la cuestión de fondo y con ello estaríamos excediéndonos de nuestra función. Por ello dejaremos tan solo constancia de que el Laudo no puede tacharse, ni por asomo, de arbitrario. La falta de motivación o la arbitrariedad son las causas por las cuales puede adolecer de nulidad, según el Tribunal Constitucional ha reiterado en su conocida STC 17/2021, de 15 de febrero (caso Kalachnikoff). En el presente supuesto, los razonamientos del laudo pronunciado por el árbitro parten de premisas correctamente extraídas del planteamiento y material fáctico. Se basan en una argumentación

jurídica directamente relacionada con las cuestiones suscitadas en el debate jurídico. Se alcanza, finalmente, una conclusión coherente –en términos de lógica– con estas dos bases previas; también congruente, pues no está en absoluto desviada de las concretas pretensiones de las partes; y –desde una aproximación no revisora lógica y defendible en Derecho. Superando todos estos parámetros fracasa cualquier tacha de arbitrariedad. No asoma el menor atisbo de voluntarismo subjetivo en la resolución del asunto (...)».

«(...) Aunque no concreta la demanda exactamente en qué consiste esta afirmación, se nos dice también que el Laudo se extralimita, pues contiene valoraciones de cuestiones que afectan al fondo del asunto La Ley de Arbitraje contempla como causa de nulidad de los laudos en su art. 41.1º.c) el que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión. No puede confundirse esta causa con la contravención del orden público, prevista en otro punto del mismo precepto. No alcanzamos a comprender a qué contenidos puede atribuirse la tesis de la demanda. El árbitro, a lo largo de su motivación, aborda aspectos no tan variados, unidos todos ellos por un hilo argumental que no se distrae en reflexiones ajenas al objeto de la controversia que se le ha sometido a decisión. El tratamiento de un problema jurídico comporta en muchas ocasiones –en función de la riqueza de la motivación que afrontemos– el acudir a razonamientos variados para reforzar la estructura argumental del órgano que pronuncia la resolución de que se trate. Ahora bien: no puede equipararse esta variedad argumental de razonamientos con la resolución. Tampoco cualquier exposición adicional a lo que pudiera considerarse estrictamente el análisis del "núcleo" de la cuestión litigiosa puede ser tachada de cuestión extraña a lo planteado. La causa prevista en el art. 41.1º.c) LA requiere, para su apreciación como determinante de la nulidad, una falta de correspondencia clara entre el objeto del procedimiento y lo resuelto, con el objeto y alcance del veredicto arbitral, pero no con respecto a determinados argumentos que puedan constar en el cuerpo de la resolución arbitral. La concreción del Fallo del Laudo (punto 66) es intachable: "se estima la excepción procesal sobre la inexistencia de convenio arbitral opuesta por las dos partes demandadas, y en consecuencia, acuerda el archivo del procedimiento arbitral al no ser aplicable a la demandante la cláusula de sumisión a arbitraje por ella misma invocada". El motivo tampoco puede prosperar».

«(...) El otro bloque de oposición al laudo sostenido en la demanda se centra en la admisión por el árbitro de la comunicación de gastos hecha por las entidades demandadas, al haber sido presentada fuera del plazo otorgado al efecto (...). Se aborda expresamente esta incidencia en el laudo aclaratorio de 10 de noviembre de 2020, pronunciado a instancia de la actora. En dicho laudo complementario razona el árbitro (punto 13) que el procedimiento arbitral, a diferencia del proceso civil, se inspira en los principios de flexibilidad y antiformalismo, por lo que una demora de menos de dos horas en la presentación de un escrito no debe producir su preclusión, lo cual sería desproporcionado y contrario a los indicados principios. En el mismo sentido insiste la contestación a la demanda (común de las demandadas) negando que resulte inherente al procedimiento arbitral un principio de preclusión radical. Añade además otras razones a la hora de justificar la razonabilidad de la estimación de los gastos, basadas en la falta de comunicación entre partes de las minutas presentadas. No discute la realidad que aflora de la prueba documental: el correo electrónico de Justificación de gastos presentado en nombre de R. A. y E.

fue remitido a la 1:27:24 del día 19 de septiembre. 1.– A juicio de esta Sala, no puede prosperar la alegación de la actora. Un retraso de una hora y veintisiete minutos en la cumplimentación de un trámite para el que se disponía de tres días, no puede determinar en este caso concreto, y a la vista de las razones ofrecidas por el árbitro a la hora de justificar lo sucedido, la preclusión ni por lo tanto la declaración de inadmisión de cumplimiento por extemporaneidad. El art. 5 LA dispone que "Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales". Es verdad que el cumplimiento de los plazos procesales es una garantía del procedimiento, y que debe someterse a un principio de igualdad entre las partes. Ahora bien: hemos de preguntarnos acerca de las consecuencias que, en términos de indefensión, hayan podido producirse para la parte que denuncia el incumplimiento del plazo. De no existir indefensión alguna, se debilita más que considerablemente la pretensión de nulidad. Y en este caso concreto, ni alcanzamos a vislumbrar la indefensión aludida, ni se nos alega justificadamente por la parte (...). Por otra parte, preceptos a tener en cuenta como son el art. 4.4º del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y el 37 de la Ley de Arbitraje, proporcionan ejemplos de lo que puede ser la lectura flexible del transcurso de los plazos en el seno de un procedimiento arbitral. Una cosa es imponer un orden procesal determinado en el curso del procedimiento, y otra extremar la aplicación rigorista (en este caso tajante) de los plazos hasta el punto de expulsar del asunto un documento que ha sido aportado con noventa minutos de retraso. Pese a la claridad de la redacción del precepto, la flexibilidad que inspira el procedimiento arbitral no puede en este caso concreto, determinar la estimación del motivo de nulidad del laudo. No cabe reconducir al concepto de orden público una irregularidad procesal como la producida, que no resulta –por su concreta entidad– equiparable a la vulneración de los principios que según el Tribunal Constitucional sí han de salvaguardarse de forma intangible a la hora de afrontar el análisis del concepto de orden público procesal: defensa, igualdad, bilateralidad contradicción y prueba, garantías procedimentales fundamentales que destaca la STC 65/2021, de 15 de marzo de 2021. El mismo Tribunal Constitucional ha advertido en algunas ocasiones contra la interpretación de las normas "rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican" bien es cierto que precisando también: pues, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio pro actione incide con mayor intensidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera decisión judicial (entre otras, STC 158/2000, de 12 de junio, FJ 5; 163/2016, de 3 de octubre, FJ 3, y 60/2017, de 22 de mayo, FJ 3). STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019. No nos hallamos en el presente supuesto ante un debate en torno al derecho al acceso a la jurisdicción como vertiente de la tutela judicial efectiva sino ante otro bien distinto cual es el de la exigencia de cumplimiento milimétrico de los plazos en el seno del procedimiento arbitral. Aun así, dada la naturaleza del arbitraje, entendemos que el mensaje que alerta contra la implacable aplicación del rigor de las leyes puede ser traído a colación especialmente. No puede, por lo tanto, ser considerados irracionales los argumentos proporcionados por el árbitro en el laudo aclaratorio sobre esta cuestión, que, al igual que las otras, no puede verse acogida».

LA RESPUESTA ARBITRAL NO PUEDE TACHARSE DE ARBITRARIA, ILÓGICA, ABSURDA O

IRRACIONAL POR LO QUE NO PROCEDE DECLARAR SU NULIDAD AL AMPARO DEL ORDEN PÚBLICO (STSJ MADRID CP 1ª 9 SEPTIEMBRE 2021)

Acción de anulación — Arbitraje de alquileres — Doctrina del Tribunal Constitucional — Indefensión — Motivación arbitraria — Motivación irracional — Orden público — Anulación im procedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 9 de septiembre de 2021, nº 57/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación frente a un Laudo dictado por un árbitro designado por la Asociación de Arbitraje Inmobiliario "ARBIN", razonando del siguiente modo:

«(...) La acción que se ejercita, predica la anulación de la resolución arbitral al amparo de los motivos de nulidad contemplados en el art. 41.1º.b) y f) L A, nulidad por no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos e infracción del orden público. La parte demandante aún, sin embargo, ambos motivos de nulidad en uno solo, desde el momento en que los funda en una común "indefensión producida a la parte demandada, que no ha podido ser defendida a pesar de tener designado abogado defensor, infringiéndose asimismo los principios de igualdad, audiencia y contradicción, lesionándose el art. 24 CE. Dado que el alcance de la denuncia de ser el laudo contrario al orden público, en el presente caso, quedaría circunscrito al "orden público procesal", cabe examinar ambos motivos como uno solo, en la medida en que la no suspensión de la vista, en la tesis de la parte demandante, impidió la misma contestara a la demanda e hiciera valer sus derechos ante el árbitro en el procedimiento arbitral. a) En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de mayo de 2012, Recurso 12/2011, "...". Dicho criterio ha sido reiterado de forma constante en posteriores sentencias de esta Sala. Más recientemente la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020, sobre dicho concepto tiene establecido: "...". 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: "... la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje. En este orden de ideas, ya hemos dicho que, "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y 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" (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"».

«(...) 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, 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. En otro orden de cosas hay que recordar, que el procedimiento se sigue con las partes, que podrán convenir aspectos tan sustanciales como el número de árbitros que deban actuar (art. 12 LA), el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones (art. 25.1º LA), el lugar del arbitraje (art. 26 LA) la determinación de la fecha del inicio del arbitraje (art. 27 LA), el idioma (art. 28 LA), así como aspectos sustanciales del procedimiento, relativos a la demanda y contestación, forma de las actuaciones arbitrales, comparecencia de las partes, nombramiento de peritos. (art. 29 ss LA) e incluso las normas jurídicas aplicables (art. 34.2º, párrafo 2º LA) Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes. Se les dará traslado de las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros y se pondrán a su disposición los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión. (art. 30.2º y 3º LA) la representación mediante procurador o la asistencia letrada, no es preceptiva en el procedimiento arbitral, aunque, sin duda puede ser conveniente, cuando el arbitraje es en derecho y la cuestión litigiosa es compleja o de trascendencia, por ejemplo, en lo económico. Si las partes designan un representante y así lo comunican, obviamente será con quien la institución arbitral y desde luego el árbitro, entienda las actuaciones procedimentales, notificándose a éste las mismas, siendo además quien se comuniquen con el órgano arbitral, mientras no se modifique o cese en la representación el representante designado. c) En el presente caso no consta que la parte demandada, D.ª Berta y D. Darío, hubiesen nombrado representante y lo hubieran comunicado a la institución arbitral o al árbitro, por lo que en principio las actuaciones debían entenderse con los mismos, como así resulta de lo que se expone en los antecedentes de hecho tercero y cuarto del Laudo –no se interesó por las partes que fuera aportado a este procedimiento el procedimiento arbitral–, y que queda contrastado con el doc. 3 de la demanda y doc. 3, 4 y 5 de la contestación a la demanda — los dos últimos relativos a la fehaciente recepción de la resolución arbitral de 25 enero 2020, por la que se les da a los demandados traslado de la demanda, documentación y se les emplaza para que contesten, señalándose vista para el día 26 febrero 2020. Lo cierto es que no ya en el procedimiento arbitral sino con ocasión del presente procedimiento de anulación, no se acredita que otorgaran ninguna representación en favor de una tercera persona, hasta el punto que ningún medio de prueba se ha propuesto sobre este extremo, que sin duda resulta capitular. No obstante, el emplazamiento realizado en legal forma, la parte demandada ni contestó a la

demanda ni compareció a la vista señalada por el árbitro para el día 26 febrero 2020. La consecuencia que la Ley de Arbitraje anuda a lo anterior, se establece en el art. 31 b): "...los árbitros continuarán las actuaciones, sin que por esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante." y c): "...los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan." d) La problemática que se plantea a la Sala surge al hilo del escrito dirigido por el letrado D. C. D.S. al árbitro designado en el procedimiento arbitral de referencia. (Doc. 4 de la demanda). Dicho escrito fue efectivamente recepcionado por el árbitro, que a la sazón es contestado en los siguientes términos: "Estimado Sr. D.S. a: siguiendo instrucciones del árbitro, y a la vista de su escrito de alegaciones, mañana previo al inicio de la vista el árbitro resolverá, recordándole que deben comparecer las partes. Atentamente." De dicha contestación se siguen, en principio dos consecuencias: — Que no cabe, pese a lo que mantiene la demanda, deducir un reconocimiento del letrado D.S. como tal en el procedimiento arbitral. Simplemente se le contesta que a la vista de lo que señala, con carácter previo a comenzar la vista, se resolverá. Es claro que por parte del árbitro no se ha tenido al citado letrado como tal en la defensa de los intereses de los demandados. El Laudo, al respecto, no deja de afirmar que no se acreditó tal circunstancia, al igual que la causa médica por la que se solicitaba la suspensión. — Y la segunda consecuencia es que el árbitro, en su comunicado deja claro que no se suspende la vista, por lo que la parte demandada —debidamente citada para la misma— debía acudir, si a su derecho convenía, lo que no hizo. Lo cierto es que en el momento actual sigue sin acreditarse que los demandados confiaran al letrado D.S.A, en el procedimiento arbitral tal condición o, en su caso la de representación. Hay que volver a insistir en que la prueba interesada en el procedimiento de anulación, obvia tal extremo, sustancial para la resolución de la demanda, tal como se enfoca. En definitiva, la parte demandada estaba citada para la vista y podía haber asistido, manifestando, en su caso, que habían designado como letrado al ya señalado y las circunstancias por las que no podía asistirles en dicho trámite procedimental, para lo que el árbitro había habilitado un trámite ad hoc. Considera la Sala, por otra parte, que no se ha producido efectiva indefensión, pues, por una parte, la resolución arbitral de fecha 25 de enero de 2020, emplazaba, con un mes de antelación a las partes para contestar a la demanda — advirtiéndoseles que debía ser por escrito—, por lo que cabe lógicamente esperar que de haber sido nombrado el Sr. De la Sotilla su letrado, tuviera preparado el escrito de contestación (...).e) En definitiva, y conforme al criterio del Tribunal Constitucional expuesto en su sentencia de 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, en ninguna de las facetas que se denuncian en el escrito de demanda».

LA DECLINATORIA ARBITRAL NO FUE PLANTEADA, QUEDANDO FIJADA LA JURISDICCIÓN Y

COMPETENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL (SAP BARCELONA 15ª 10 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Juntas Arbitrales de Transportes — Declinatoria arbitral — Doctrina del tribunal constitucional — Desestimación de la declinatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 10 de septiembre de 2021 (Ponente: Manuel Diaz Muyor) desestima un recurso de apelación en el que se alegaba la falta de competencia del Juzgado de lo mercantil que dictó la sentencia que es objeto de recurso, invocando infracción del art. 38.1º LOTT, y solicitando, a consecuencia de tal infracción, la nulidad de lo actuado. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) El art. 38.1º LOTT establece que "Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. ... Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado" (...). La norma invocada, como se deduce de su lectura, no impide acudir a los tribunales ordinarios ni impone que las controversias de las partes en esta materia se someten en todo caso a un arbitraje obligatorio. Se limita a establecer las competencias de las citadas juntas arbitrales, y a su vez, contiene una presunción de que las partes se han sometido a arbitraje si no renuncian previamente a acudir a las Juntas Arbitrales de Transporte (...). Por tanto, deben ser las partes las que opten por este arbitraje en su caso, voluntad o intención que puede deducirse del comportamiento del comportamiento procesal de los interesados. En este sentido, la STC 174/1995 que conoció de la constitucionalidad del art. 38.2º, párrafo primero, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su redacción primitiva, se planteó "si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1º y 117.3º C E, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia". Al respecto el citado TC manifestó que "la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial". Es por ello que en la posterior redacción del art. 38 LOTT se reconoció suficiente la manifestación de una de las partes en contra de la sumisión al arbitraje para dejar expedita la vía de la jurisdicción (...). En el presente caso la parte actora, que ahora denuncia la falta de jurisdicción, por entender que las cuestiones que se han planteado en este pleito debían ser resueltas por una junta arbitral, es la que acudió inicialmente a la jurisdicción ordinaria. De tal hecho no puede concluirse otra cosa que no sea su renuncia a la posibilidad de someter las cuestiones litigiosas a arbitraje conforme a la prohibición de ir contra los propios actos (art. 6 Cc) y lo dispuesto en el art. 11 LA, al disponer que "El convenio

arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria..."; declinatoria que no fue planteada, quedando fijada la jurisdicción y competencia del juzgado de lo mercantil ante el que se interpuso la reclamación, rechazando en consecuencia, la nulidad de actuaciones que ahora interesa la parte apelante por la invocada falta de jurisdicción del juzgado de instancia».

CONCURRE LA CAUSA DE NULIDAD PREVISTA EN EL ART. 41.1º.E) LA, AL HABER RESUELTO EL COMITÉ JURISDICCIONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL EN CAUCE ARBITRAL SOBRE CUESTIONES NO SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE (STSJ MADRID CP 1ª 14 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Allanamiento — Arbitrabilidad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 14 de septiembre de 2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara la nulidad del laudo arbitral dictado en fecha 2 de marzo de 2021 por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol. La argumentación de semejante decisión es el siguiente:

«(...) A la vista de las causas alegadas por la parte demandante como fundamento de la pretensión de nulidad, y la respuesta procesal otorgada a la demanda que consiste en un allanamiento, entendemos necesario el recordar como esencia de la fundamentación de la decisión que nos corresponde adoptar, algunas consideraciones generales en torno a la proyección de la figura del allanamiento en los procesos de nulidad de laudos arbitrales. Ciertamente es que, de conformidad con lo previsto en el art. 21.1º LEC, aplicable al procedimiento en el que nos encontramos (art. 42.2º), "Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante." Al aplicar esta institución a la acción de nulidad de un Laudo arbitral, es cierto que esta Sala vino declarando en constantes pronunciamientos que "por la naturaleza de la acción de anulación ... en esta clase de procesos no cabe el allanamiento propiamente dicho, como acto vinculante para el Tribunal, puesto que la nulidad de un Laudo, como la de una Sentencia, se supedita ope legis a la verificación por el Tribunal de la concurrencia de alguna de las causas tasadas de anulación ex art. 41.1º LA –causas de anulación cuya existencia no es disponible ni puede derivar del común acuerdo de las partes;" (STSJM 2 de julio de 2019. Con mayor detalle se dijo en la STSJM de 13 de diciembre de 2018 que: "se hace preciso recordar que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, y que de ese poder de disposición son manifestaciones el allanamiento, el desistimiento, la renuncia, la transacción, la sumisión a arbitraje o mediación (art. 19.1º LEC), y la atribución de relevancia a la pérdida de interés de las partes para acordar la terminación del proceso (art. 22 LEC); ahora

bien, tal poder de disposición se supedita –obvio es decirlo– a que el objeto del juicio, la res in iudicio deducta sea disponible, de forma que la actuación de la voluntad de las partes para poner fin al proceso no contravenga una prohibición o limitación legal por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1º LEC). En este sentido, hemos dicho con igual reiteración que no cabe ignorar que la pretensión ejercitada es la anulación de un laudo –no, propiamente, la controversia de que éste trae causa–, la cual solo puede ser acordada por Sentencia del Tribunal competente y en virtud de una causa legalmente establecida (art. 41 LA): pretensión que, ope legis, exige su adopción por Sentencia judicial tras el correspondiente proceso...; conclusión insoslayable, por otra parte, pues resulta totalmente coherente con la naturaleza de "equivalente jurisdiccional" que ostenta el arbitraje y con la fuerza de cosa juzgada atribuida a los laudos (art. 43 LA). Pues bien, olvidan las partes que la acción de anulación del Laudo no subviene solo a la satisfacción de sus intereses: la nulidad o la validez de un Laudo, una vez suscitada ante el Tribunal competente, no es materia disponible: la Sala ya ha establecido con reiteración que no cabe ni el allanamiento ni la transacción sobre la validez de un Laudo (v. gr., SS. 65/2015, de 17.9º y 13/2016, de 9.2º; y Auto de 20 de julio de 2016. Qué duda cabe de que existe un interés general, expresado de manera inequívoca por la Ley en defensa de la institución misma del arbitraje, en que la sola voluntad de las partes –su libre poder de disposición– no pueda dar lugar a la anulación del laudo... Postulado que se representa tanto más evidente cuando se repara en la naturaleza que ostenta el Laudo, esto es, en su condición de "equivalente jurisdiccional" (reiterada, una vez más, por el Tribunal Constitucional en su reciente STC 1/2018, de 11 de enero): cabalmente, no cabe defender la eliminación del ordenamiento jurídico –por revisión o por declaración de nulidad– de una sentencia firme porque las partes así lo quieran o lo decidan, al margen de las taxativas previsiones de la Ley al respecto... Pues lo mismo se ha de mantener sobre la imposibilidad de convención de las partes en lo que concierne a la nulidad de un laudo...". Y prosigue la misma Sentencia afirmando –entre otras referencias a las formas no habituales de conclusión del proceso que: "En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2º LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes". Imprescindible no obstante, resulta traer a colación que el Tribunal Constitucional, en su importante STC 46/2020, de 6 de junio de 2020, introdujo relevantes consideraciones en torno a la tesis que había venido manteniéndose por la Sala, que distinguía entre la disponibilidad para las partes del objeto del procedimiento arbitral en sentido estricto, y el objeto del proceso de anulación (el laudo y su conformidad al orden público). Esta Sentencia introduce un giro trascendental en lo que había sido la tesis que ha quedado reflejada en los precedentes párrafos, en torno a la disponibilidad para las partes del objeto del proceso de anulación. Concretamente, al referirse a la distinción que acabamos de apuntar, señala el Tribunal Constitucional: "...". Aunque la citada STC se refiere a la figura del desistimiento, entendemos que resulta igualmente concluyente en torno a la figura del allanamiento, contemplada en el mismo Capítulo de la Ley procesal civil dentro de lo que la doctrina denominó las crisis procesales, por cuanto significan una terminación diferente a la que, de ordinario, resulta con la sentencia dimanante de la contradicción

y la prueba. La más genuina manifestación del derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva pasa por la obligación de Juzgados y Tribunales de resolver motivadamente y en Derecho los litigios de los que conocen dentro de su respectiva competencia. Esta obligación suele materializarse en el pronunciamiento de una resolución sobre el fondo del asunto tras el desarrollo del oportuno debate procesal. Las denominadas "crisis procesales" se apartan de dicho esquema, al provocar la terminación del proceso debido a otras causas. Muy resumidamente podemos recordar que tanto el desistimiento como el allanamiento son manifestaciones procesales del principio dispositivo que inspira al proceso civil. El primero –previsto en los arts. 19 y 20 LEC– es aquella actuación de una parte que manifiesta su voluntad de poner fin anticipado al proceso, ejercitando el poder de disposición sobre el mismo cuando se trata de materias en las que puede predicarse un dominio sobre el derecho material que se discute, un dominio sobre las pretensiones debatidas (existen algunas excepciones, como por ejemplo las contenidas en el art. 751 LEC). El allanamiento (art. 21) entraña el reconocimiento y aceptación por el demandado de las pretensiones del actor, que encuentra solo como limitación en la ley la existencia de prohibiciones, que se haga en fraude de ley, o suponga renuncia contra el interés general o perjuicio para terceros. De acuerdo con lo señalado, por ejemplo, en la STS (Sala Primera) de 15 junio 2020: "...". Admite a continuación el Tribunal Constitucional que la cuestión podría ser discutible (tampoco avanza ninguna solución definitiva) "en caso de petición unilateral de una de las partes, controvertida por la contraria", pero esta relación de controversia no es la que se presenta en el supuesto que ahora nos compete resolver. Ya en su parte final, la misma Sentencia, al referirse a la tesis de esta Sala que se había visto recurrida en amparo, señala: "A mayor abundamiento, debemos advertir que, con la doctrina que emana de la decisión que se recurre, la interposición de la demanda de anulación generaría una suerte de "efecto dominó" que impediría a las partes ejercer su poder de disposición sobre el proceso. Dicha solución podría ser admisible de basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo (en el caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público..."».

«(...) Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto analizado, hemos de admitir la posibilidad de terminación anticipada del proceso reconociendo virtualidad al allanamiento expresado por parte del demandado. 1.– La cuestión que se ventila, en puridad no nos sitúa ante decisión alguna en torno a la procedencia de abonar al reclamante las cantidades que entiende que se le deben como salarios no percibidos en su relación laboral con el club de fútbol que le había contratado (nótese que en el apartado Segundo c) de la contestación a la demanda reconoce que partimos de un contrato laboral). En realidad, de cuanto se trata es de admitir el reconocimiento de que el cauce arbitral en su día elegido no es defendible, dada la naturaleza excluyente de la jurisdicción (social) para conocer de las cuestiones litigiosas derivadas de las relaciones laborales. 2.– Es acertada la posición que adopta el demandado. Las discrepancias que surjan en el seno de una relación laboral individual son cuestiones reservadas al conocimiento de la jurisdicción social, en la medida en la que la gran mayoría de las normas que disciplinan este tipo de relaciones son de derecho necesario y por lo tanto irrenunciables, no disponibles, admitiéndose tan solo en limitados supuestos el planteamiento a través de los específicos cauces arbitrales de las disputas que tengan origen en las relaciones laborales (convenios colectivos...). Con carácter general, la norma determinante ya no de competencia, sino de jurisdicción, es el art.

2 de la Ley de procedimiento laboral. En consonancia con la cita contenida en la demanda –de la STSJ 4 de febrero de 2016– podemos recordar que esta propia Sala sostuvo, por ejemplo, en el Auto 23/2014, de 23 de septiembre su carencia de competencia en materia de arbitrajes de naturaleza laboral (por la materia), en aplicación de lo expresamente dispuesto en el art. 1.4 de la vigente Ley de Arbitraje. Es más: con base en la jurisprudencia de la Sala de lo Social de este mismo Tribunal Superior de Justicia que se cita en dicha resolución, se analizaba la naturaleza de la relación contractual que unía a un entrenador con su respectivo club de fútbol, afirmándose la naturaleza de relación laboral. Es evidente, por tanto, que en canto a la discusión de fondo que origina la controversia entre las partes (la reclamación de salarios derivados de un contrato de trabajo) nos hallamos ante una materia de la que debe conocer con carácter excluyente la jurisdicción social, y no resulta susceptible de discusión o solución arbitral. Concorre la causa de nulidad prevista en el art. 41.1º.e) de la vigente Ley de Arbitraje, al haber resuelto el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol en cauce arbitral sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. 3.– Como hemos avanzado, tema distinto es que el puro reconocimiento o aceptación de que nos hallamos ante una cuestión no susceptible de arbitraje (y por lo tanto incardinada en el art. 41.1º LA) ha de calificarse como una actitud procesal perfectamente aceptable (no entramos en el fondo de lo discutido) y que además no afecta al interés general. Tampoco la posición personal expresada por el demandado, de allanarse a las pretensiones de la actora y concluir sin ninguna otra consecuencia el presente proceso se produce en perjuicio de tercero, puesto que la admisión de pretensiones a través del allanamiento que ha formalizado el demandado al contestar a la demanda, solamente le concierne a él. En suma, siguiendo las pautas claramente establecidas por el Tribunal Constitucional en la resolución antes expuesta, ningún obstáculo puede existir para que, concurriendo los presupuestos de libre disposición además de la ausencia de los límites establecidos en el art. 21.1º LEC, ha de admitirse sin reparos el allanamiento del demandado, lo que hace innecesario abordar las restantes cuestiones planteadas por la entidad demandante».

SE DECLARA QUE EL LITIGIO SE ENCUENTRA SOMETIDO A ARBITRAJE POR HABER UTILIZADO LAS PARTES UN MODELO CONTRACTUAL PACTADO (SAP LUGO 1ª 14 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Primera, de 14 de septiembre de 2021 (ponente: Antonio Reigosa Cubero) estima un recurso de apelación nombre y representación de la entidad L.O., SLU. y en virtud de ello se revoca la sentencia de instancia y consiguientemente el auto de 13 de agosto de 2019 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 12 de julio de 2019, declarando por ello la falta de jurisdicción del Juzgado de procedencia para el conocimiento del presente procedimiento, declarando que la cuestión litigiosa se encuentra sometida a arbitraje. Esta decisión se justifica con las siguientes consideraciones jurídicas:

«(...) El motivo del recurso ha de ser estimado, puesto que la Sala ya resolvió y se pronunció sobre un supuesto sustancialmente idéntico al presente en la reciente sentencia número 303, de 28 de junio de 2021 (recurso de apelación 375/2020), la cual, revocando la de instancia, acordó el sometimiento a arbitraje de la cuestión litigiosa, tratándose incluso en ambos casos de idéntica cláusula de sumisión a arbitraje y de la misma entidad apelante, la cual en aquel asunto sostenía, como así señala dicha sentencia, que no nos encontramos ante un contrato de adhesión y que opera plenamente la cláusula de sumisión a arbitraje. La citada sentencia de 28 de junio de 2021 señala que sobre tal cuestión ya se pronunció este Tribunal, entre otras, en la sentencia nº 100/2021, de 3 de marzo de 2021 (recurso 24/2020), la cual revocó una sentencia "en la que también se había desestimado la declinatoria planteada por la parte demandada, invocando idéntica cláusula de sumisión a arbitraje". Ambas sentencias hacen también referencia al auto de esta Sala nº 88, de 31 de julio de 2019 (recurso 474/2019). La citada sentencia nº 303, de 28 de junio de 2021 (recurso 375/2020) de esta Sala dice lo siguiente: "Señalábamos en dicha sentencia, con cita de otros pronunciamientos previos de este Tribunal "(...), tal y como se cita en el recurso, en nuestro auto de 31 de julio de 2019 : "El recurso no puede ser estimado porque como ya se indica en el auto recurrido, no nos encontramos ante un contrato de adhesión sino que las partes han utilizado el modelo contractual pactado entre los representantes del sector lácteo, homologado por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente mediante la correspondiente Orden en el BOE, con el fin de que puedan ajustarse al mismo los contratos de compraventa de leche cruda. Así se indica en el documento núm. 1 de los aportados con la demanda. Además la parte actora no tiene la condición de consumidora de conformidad con el TRLGCU, al ostentar la condición de profesional, consistiendo su actividad empresarial en la producción y venta de leche fresca. En atención a lo expuesto, no puede entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque no consideramos que la cláusula de sumisión expresa a arbitraje haya sido impuesta, sino que obedece a la negociación entre las partes que decidieron tomar como modelo el que fue homologado por el ministerio correspondiente." Así la juzgadora de instancia debió estimar la declinatoria en su día presentada, no estamos ante un contrato de adhesión como se sostiene en la sentencia apelada sino ante un contrato tipo que se realiza siguiendo el modelo homologado por la Orden ARM/2834/2010, de 15 de octubre, por lo que las cláusulas en él insertas no son impuestas por una de las partes. Por ello no podemos considerar que la sumisión a arbitraje sea desconocida o abusiva, máxime cuando no es el primer contrato suscrito por la demandante y valorando que la misma, como ya hemos dicho, ha sido la forma de resolución de conflictos propuesta en los modelos homologados por la Orden ya citada." En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de..., con revocación de la sentencia de instancia, declarando la falta de jurisdicción para el conocimiento de la demanda, declarando que la cuestión litigiosa se encuentra sometida a arbitraje, sin que sean atendibles las alegaciones de la parte apelada acerca de cómo interpretar la cláusula de sumisión a arbitraje para impugnar el recurso de apelación". A la vista de la citada sentencia de esta Sala que he transcrito nº 303, de 28 de junio de 2021 (recurso 375/2020), necesariamente ha de ser acogido el recurso de apelación, declarando por ello que la cuestión litigiosa se encuentra sometida a arbitraje, argumentos de dicha sentencia a los que me remito y doy por reproducidos. No considero, de conformidad con la indicada sentencia de esta Sala, que nos encontramos ante un contrato de adhesión, pues además y como se indica en el recurso de

apelación y no ha sido rebatido de adverso, el contrato litigioso suscrito por las partes ha sido redactado conforme a un modelo elaborado y homologado por INLAC, adaptado al Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre y de acuerdo con el RD 1363/2012, de 28 de septiembre, de aplicación a la fecha de suscripción del indicado contrato. Además, no resulta procedente declararla nulidad de la cláusula de arbitraje (séptima) contenida en el contrato, pues hemos de tener en cuenta al respecto que la demandante apelada no ostenta en el caso que nos ocupa la condición de consumidora (lo que no ha sido rebatido por la misma), puesto que actúa en el contrato litigioso como suministradora, indicándose en el mismo que Doña Alicia "tiene como objeto social la producción y/o comercialización de leche cruda de vaca de conformidad con la normativa vigente", de modo que al no ostentar la actora apelada la condición de consumidora no puede invocar el carácter abusivo de la cláusula de arbitraje, y por tanto no puede hacer valer la protección legalmente establecida para consumidores y usuarios, puesto que la alegación de cláusulas abusivas únicamente puede vincularse a contratos en los que la parte contratante puede ser calificada como consumidora. Ciertamente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación también es aplicable a las relaciones jurídicas entre empresarios o profesionales, si bien con distintos efectos jurídicos que si se tratase de un consumidor. A diferencia del control de incorporación que es aplicable a los empresarios o no consumidores, el control de transparencia cualificado solo es aplicable a los consumidores. Y al no ostentar la actora apelada la condición de consumidora no resulta de aplicación el control de transparencia real o material, sino tan solo el control de incorporación documental o de transparencia formal, como así indica, por ejemplo, la STS nº 23, de 20 de enero de 2020, que señala que "el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores". Y en el caso presente el control de incorporación se cumple, pues la cláusula arbitral reúne los requisitos previstos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y en consecuencia hemos de considerar superado el control de inclusión de la cláusula litigiosa en los términos exigidos por la citada Ley, pues se trata de una cláusula con una redacción sencilla y clara que permite una fácil comprensión gramatical, no planteando problemas interpretativos, recogiendo la cláusula arbitral con claridad y quedando patente en la misma la voluntad de los contratantes, superando por tanto el control de incorporación previsto en los citados arts. 5 y 7 LCGC. Además el convenio arbitral se extiende, como así indica la estipulación séptima del contrato, a "cualquier diferencia que pueda surgir entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente contrato", siendo claro, a tenor de la reclamación que articula la demandante en el presente procedimiento, que entre las partes media una "diferencia" relativa cuanto menos a la ejecución del contrato, de modo que el contenido de la cláusula, dados sus amplios términos, engloba la reclamación objeto de litigio. Por lo demás, tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la apelada relativas a que la inclusión de la cláusula de sumisión a arbitraje es vulneradora de la buena fe contractual o relativas al abuso del derecho, pues considero que la remisión al arbitraje no implica en sí misma una ruptura de la buena fe negocial ni un abuso del derecho en perjuicio del justo equilibrio de las prestaciones, pues se trata de una institución prevista por nuestro legislador como mecanismo eficaz para la resolución de conflictos, y desde el punto de vista constitucional ningún inconveniente se advierte en admitir la cláusula arbitral, pues desde la óptica constitucional la sumisión al arbitraje no

impide ni menoscaba la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, encontrándonos ante un convenio arbitral válido por el que las partes expresamente establecieron un sistema alternativo de solución de sus conflictos, no habiéndose tampoco acreditado por la parte actora apelada la concurrencia en el caso analizado de vicio alguno en el consentimiento ni la infracción por la entidad demandada apelante de alguna norma imperativa o prohibitiva, no pudiendo ser acogidas las alegaciones de la apelada. En consecuencia y en virtud de todo lo expuesto, se estima el recurso de apelación interpuesto, con revocación de la sentencia de instancia y consiguientemente del auto de 13 de agosto de 2019 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 12 de julio de 2019, declarando por ello la falta de jurisdicción del Juzgado de procedencia para el conocimiento del presente procedimiento, declarando que la cuestión litigiosa se encuentra sometida a arbitraje».

ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR JUNTA ARBITRAL DE TRANSPORTES DE SORIA POR NO HABERSE TENIDO EN CUENTA LAS ALEGACIONES DE LA DEMANDADA (STSJ CASTILLA Y LEÓN CP 1ª 20 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Indefensión — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección Primera, de 20 de septiembre de 2021 (ponente: José Luis Concepción Rodríguez) anula un laudo dictado con fecha 13 de mayo de 2021 por la Junta Arbitral de Transportes de Soria por no haberse tenido en cuenta las alegaciones de la demandada. De acuerdo con la presente decisión.

«(...) La demandada en el presente procedimiento de nulidad de laudo arbitral, la mercantil T., dedicada al transporte terrestre, suscribió con la empresa francesa S.F. una carta de porte por la que se obligaba a transportar unas mercancías desde las instalaciones de la actora, la sociedad navarra E.G. S.A, dedicada a la producción y venta de embutidos y preparados cárnicos, hasta Le Rheu en Francia, porte que no fue satisfecho por la empresa francesa, lo que motivó la demanda arbitral ante la Junta Arbitral de Transportes de Soria en la que le reclamaba a la empresa navarra el porte impagado que ascendió a 1.400 euros. El laudo cuya nulidad ahora se pretende estimó la reclamación de la porteadora y obligó a E.G., S.A a pagarle la pretendida suma, pero sostuvo que, comunicada la interposición de la demanda arbitral se concedió a la demandada plazo para que efectuase alegaciones sin que realizara ninguna. Esta afirmación constituye la causa de la nulidad que se ejercita por cuanto, tal y como sostiene la actora, sus alegaciones fueron presentadas en tiempo y forma sin que fueran tenidas en cuenta en el citado procedimiento (...). El solo examen de la documentación aportada junto con la demanda de nulidad evidencia la razón que le asiste a la actora por cuanto obran en las actuaciones las alegaciones debidamente selladas –doc. 3– que presentó ante la Junta Arbitral de Transportes de Soria en las que mostraba su oposición ante la reclamación contra ella girada por la ahora demandada. La inobservancia de las mismas por parte de la citada Junta Arbitral a la hora de dictar el laudo de fecha 13 de mayo del corriente –doc. 5–, vician al mismo de nulidad al haber privado a una de las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos en el procedimiento quebrando con ello los principios de audiencia y de contradicción que

le son inherentes, por lo que se está en el caso de estimar la pretensión ejercitada y declarar la nulidad del citado laudo sin necesidad de efectuar ninguna otra consideración».

EN EL ARBITRAJE ANTERIOR SE TRATÓ DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO Y EN EL PRESENTE SE PLANTEA UNA CONTROVERSIA NACIDA EN RELACIÓN CON UN SUPUESTO DEFECTUOSO CUMPLIMIENTO, LO QUE EXCLUYE LA OPERATIVIDAD DE LA COSA JUZGADA (STSJ GALICIA CP 1ª 20 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Cosa juzgada — Deficiente valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 de septiembre de 2021 (ponente: José Antonio Varela Agrelo) desestima una acción de nulidad de un laudo administrado por la Corte de Arbitraje del Noroeste. La cuestión litigiosa se proyecta sobre el conflicto surgido con ocasión de la ejecución del anterior laudo, pues una de las partes presentó nueva demanda arbitral, reclamando por daños supuestamente aflorados en dicho trámite, lo que dio lugar al laudo de 1 de febrero de 2021 que es el que es objeto de la presente demanda de nulidad. De acuerdo con la presente decisión:

"(...) Aunque (...) el trámite ante esta sala no está para convertir la demanda nulidad en una suerte de apelación o petición de segunda instancia revisora, que valore el mayor o menor acierto de la decisión impugnada, lo cierto es que, ni siquiera existe el menor atisbo de error en lo resuelto por el árbitro, qué dedica a la cuestión el primer fundamento de derecho del Laudo, analizando los presupuestos para que opere la institución, y en especial la triple identidad de sujetos, objeto, y causa de pedir concluyendo que, si bien coinciden las partes, no ocurre lo mismo ni con el objeto, ni con la causa de pedir. En efecto, en el arbitraje anterior se trató de la liquidación del contrato, en tanto que, en el presente se plantea una controversia nacida precisamente de su ejecución en relación con el supuesto defectuoso cumplimiento, lo que claramente excluye la operatividad de la cosa juzgada (...)».

"En la tesis del demandante se habría producido una vulneración del art. 24 CE, al no respetarse las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, y en especial de la valoración de la prueba pericial, por ignorar las valoraciones de su perito. En el laudo arbitral no se desconoce ni ignora ninguno de los dictámenes, antes al contrario, se reseña lo sustancial de cada uno de ellos, añadiendo que el dictamen pericial aportado por la parte demandada es especialmente sucinto y, en cualquier caso, no prueba en modo alguno la inexistencia de los daños y deficiencias alegadas de contrario. Y añade que, este dictamen alega simplemente que las condiciones no son adecuadas, pero no probando el porqué. Además, no justifica que el panel no fue entregado sin montar. A continuación, tras la cita jurisprudencial que entiende oportuna, sobre la imputación de responsabilidad, concluye que han quedado acreditadas por la actora las circunstancias en que se ha producido, o la causa que ha determinado los defectos en los materiales entregados por O., conclusión que apoya igualmente en la propia inspección personal efectuada por el árbitro. En

consecuencia, podrá existir una legítima discrepancia valorativa, pero no existe vulneración de las normas sobre la prueba, ateniéndose a los parámetros ordinarios de motivación, lo que excluye totalmente la posibilidad de anulación en esta instancia».

NADA HAY EN AUTOS QUE PERMITA ENTENDER ACREDITADO QUE EL DEMANDANTE REQUIRIÓ DE ALGUNA FORMA AL DEMANDADO PARA INTENTAR EL NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO (STSJ MADRID CP 1ª 21 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Designación de árbitros — Formalización judicial jurisprudencia — Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid — Necesidad de que las partes hayan intentado — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 21 de septiembre de 2021 (ponente Jesús María Santos Vijande) desestima una demanda formulada para el nombramiento de árbitro que dirima, en Derecho con los siguientes argumentos:

«(...) El art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. En efecto, esta Sala viene afirmando explícitamente –y, desde siempre, de forma implícita– que el art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su ap. 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción –es decir, en condición misma de la ostentación de legitimación activa en estos procesos con su propio y determinado objeto (en palabras, v.gr., del FJ 4º de la Sentencias de esta Sala 21/2017, 66/2017, del FJ 2º de dos Sentencias de 13 de marzo de 2018, recaídas en autos 89/2017 y 3/2018, o del FJ 2º de la más reciente Sentencia de 26 de noviembre de 2019 –autos nº 28/2019 : "que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes". En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso — previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre–procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante –de forma expresa o tácita– al cumplimiento efectivo del convenio arbitral. Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 LA, en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés –que también es requisito de la acción– en resolver un conflicto sobre dicha designación. Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de

sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala –y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia– viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación... Sea lo anterior en el bien entendido de que, como también hemos dicho con reiteración (v.gr., entre las más recientes, SS 56/2017, de 19 de octubre, y 30/2018, de 12 de junio), en este tipo de procesos es perfectamente posible el allanamiento, dada su naturaleza claramente disponible. Cumple hacer estas precisiones porque, siendo indiscutida la existencia de convenio arbitral, lleva razón la demandada cuando rechaza la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación. Nada hay en autos que permita entender acreditado que el demandante requirió de alguna forma al demandado para intentar el nombramiento del Árbitro que ahora interesa ante esta Sala. En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras Sentencias 84/2015, de 17 de noviembre (FJ 4), 44/2016, de 31 de mayo, 61/2016, de 11 de octubre (FJ 3) y 21/2017, de 21 de marzo (FJ 4), "falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3º LA: "que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes", o, en su defecto, que dicho nombramiento siquiera haya sido intentado. Esta circunstancia, como regla, aboca a la desestimación la demanda sin proceder al nombramiento del árbitro solicitado. También conviene recordar que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros supuestos enjuiciados por este Tribunal, en que en el acto de la vista la demandada se ha allanado a la solicitud de nombramiento de árbitro –lo que, en este tipo de procesos, es perfectamente posible dada su naturaleza claramente disponible–, aquí no se da tal allanamiento: la demandada sostiene con firmeza la falta del presupuesto de hecho legalmente previsto para la estimación de la demanda, lo que es compatible con su voluntad manifestada en el acto de la vista de llegar a un acuerdo con la actora para el nombramiento de árbitro; sin embargo, como hemos reseñado, tal acuerdo fue rechazado por la parte demandante, quien insistió en que el nombramiento del árbitro lo efectuara esta Sala. No cabe, pues, sino dar la razón al demandado y desestimar la demanda por falta del expresado presupuesto material de la acción (...).

ANALIZAR SI EL CONVENIO HA DECAÍDO POR APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS ESTATUTOS SOCIALES, O SI TAL APLICACIÓN PUDIERA ENTRAÑAR UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO SOCIAL, ES ALGO QUE DEBE DETERMINAR EL ÁRBITRO (STSJ MADRID CP 1ª 21 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje societario — Designación de árbitros — Formalización judicial — Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid — Verificación de la voluntad de las

partes de someterse a arbitraje — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 de septiembre de 2021 nº 60/2021 (ponente: Jesús María Santos Vijande) estima una demanda de designación de árbitro, incluyendo el siguiente razonamiento:

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales internacionales

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

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, AS. C-741/19)

Arbitraje — Arbitraje de inversiones — Derecho económico internacional — Inversiones: protección — APPRI,s — Ley modelo Uncitral — Carta de la Energía.

En virtud de una serie de contratos celebrados en 1999, Ukrenergó, 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 Ukrenergó. Ukrenergó 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.

Moldtranselectro 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 sentencia de 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 sentencia de 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.

La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 2 de septiembre de 2021 declara lo siguiente:

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

El Consejo de la Unión Europea, los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco y Komstroy consideran 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.

Responde a ello el Tribunal de Justicia comenzando por recordar que, con arreglo al art. 267 TFUE, es competente para interpretar los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. 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. Además, las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren al concepto de «inversión» en el sentido del TCE.

Añade que Tribunal de Justicia que 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. Por lo tanto, es competente para interpretar el TCE, en particular, en el marco de un procedimiento de remisión prejudicial.

Además 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. 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 (sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 41). 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. Y añade el Tribunal de Justicia que cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse. Si bien reconoce que en las sentencias de 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, 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, 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.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia considera que es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Sobre la cuestión prejudicial

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.

En su respuesta, el Tribunal de Justicia advierte que en el caso de autos 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. 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 relación, en particular, con la competencia del tribunal arbitral. Reconoce el Tribunal de Justicia que declaró en su día 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 (sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, ap. 54 y jurisprudencia citada). 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 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.

Entiende el Tribunal de Justicia 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. 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.

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. por consiguiente, 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.

A continuación el Tribunal de Justicia subraya 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. En el caso de autos, ningún dato comunicado al Tribunal de Justicia permite excluir que el suministro de electricidad a Moldtranelectro 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 Moldtranelectro 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 Moldtranelectro sin que ello implicara la inmovilización de sus recursos en Moldavia. 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.

[Véase Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «El Tribunal de Justicia cierra el círculo tras confirmar la inaplicabilidad del arbitraje de inversiones del Tratado sobre la Carta de la Energía en los litigios intra-UE», supra]

CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID



El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) ha formado un grupo de trabajo especializado en la resolución de conflictos en el sector asegurador (24 enero 2022).



Este grupo está formado por más de 25 representantes de empresas y juristas del sector que ofrecerán su experiencia y conocimiento en la resolución de disputas.

Esta iniciativa se suma al acuerdo firmado por CIAM y la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) para colaborar en promocionar y difundir el arbitraje internacional en materia de seguros y reaseguros, y que ha hecho posible que CIAM sea, desde ahora, el encargado de administrar los arbitrajes internacionales que anteriormente estaban a cargo del Tribunal Arbitral de Seguros.

El presidente de CIAM, José Antonio Caínzos, afirma que «estamos convencidos de que el arbitraje internacional es una herramienta muy útil en el campo del seguro y el reaseguro, con un gran potencial de crecimiento que queremos abordar en este grupo de trabajo. Con él, CIAM ratifica su apuesta por la especialización y la resolución eficiente de disputas».

Entre las empresas que forman el grupo de trabajo se encuentran Allianz, Axa, CESCE, Mapfre, March Risk Solutions, Marsh & McLennan, Munich Re, Swiss Re, Willis Towers Watson y Zurich

Insurance Group.

Asimismo, cuenta con abogados y árbitros de despachos internacionales como Ashurst, Bird & Bird, Clyde & Co, Coll Navarro, Sanz Villar y Asociados (CNSV Abogados), Cuatrecasas, DAC Beachcroft, Daly Otero Flórez & Núñez del Prado Abogados (Perú), Herbert Smith Freehills, Hogan Lovells, Pérez-Llorca, Pumpin Dorfman Nasser Díaz y CIA. (Chile) y Wesolowski Abogados.

También cuenta con la participación de asociaciones como la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA Mundial), la Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros (AGERS), la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) y el Consorcio de Compensación de Seguros.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL



La diversidad de género en los tribunales de arbitraje: Los desafíos que se avecinan (9 diciembre 2021)



La diversidad es una cuestión compleja e interseccional, y si bien se han realizado progresos graduales, aún queda mucho por hacer. A propósito de la próxima Conferencia de la CCI de Miami sobre Arbitraje Internacional, Christian Albanesi, Mateo Noseda Zorrilla de San Martín, Charlene Warner y Somin Lee, de Linklaters, aprovechan la oportunidad para reflexionar sobre los avances logrados hasta el momento y los retos que quedan por delante.

De acuerdo con el Guest blog de 9 de diciembre de 2021:

El Compromiso de Igualdad de Representación en el Arbitraje (Compromiso ERA) se lanzó en mayo de 2016. Desde su introducción, el Compromiso ERA ha reunido a más de 4.000 firmantes de despachos de abogados, instituciones, organizaciones y particulares de más de 113 países comprometidos con el aumento del número de mujeres árbitros.

Por qué la diversidad de género es importante en el arbitraje

La diversidad de género en el arbitraje internacional conduce a un mejor proceso y resultado arbitral. Como dice A.F. Haridi, una diversidad suficiente en el tribunal arbitral es «crucial para mantener el arbitraje como un método moderno, factible y deseable de resolución de controversias», de modo que los usuarios del arbitraje «vean al tribunal como representante de una muestra representativa del mundo empresarial». Los estudios demuestran que la diversidad aporta diversas perspectivas que permiten mejorar la calidad del razonamiento y la toma de decisiones del grupo. Una encuesta publicada en 2016 por la ICCA llegó a la conclusión de que «[un] tribunal paritario puede estar mejor preparado, más orientado a la tarea y más atento a los argumentos de las partes que un tribunal no diverso».

ESTADÍSTICAS DE LA CCI

La CCI ha liderado el camino de la diversidad aspiracional en el arbitraje mediante la publicación de estadísticas relacionadas con la diversidad, marcando la pauta desde la cúpula y nombrando más mujeres árbitros. En 2020, la CCI realizó 1.520 nombramientos y confirmaciones. Con 355 mujeres árbitros confirmadas o nombradas por la Corte de la CCI, el porcentaje de mujeres que forman parte de los tribunales arbitrales de la CCI alcanzó el 23,4% en 2020, un récord para la institución arbitral. El año pasado también se vio que las mujeres designadas representaron el 37% del total de los nombramientos de árbitros de la Corte de la CCI, el 28% de los nombramientos de copresidentes de árbitros y el 16% de los nombramientos de las partes, todas las cifras vieron un aumento en comparación con 2019.

En la CCI se observa un aumento constante del porcentaje de confirmaciones o nombramientos de mujeres árbitros desde la introducción del ERA Pledge en 2015, donde la CCI vio un 10,4% de nombramientos o confirmaciones de mujeres.



Gráfico que muestra el porcentaje de árbitros femeninos confirmados o nombrados en los procedimientos de arbitraje de la CCI

CUESTIONES QUE AÚN DEBEN ABORDARSE

Siguen existiendo ciertos desafíos para el objetivo de representación equitativa del ERA Pledge, entre ellos:

- La práctica de seleccionar árbitros masculinos con más experiencia, que a menudo son más conocidos;
- La diversidad no siempre es una prioridad o un criterio en el proceso de nombramiento de árbitros entre las partes interesadas;
- La dificultad de los primeros nombramientos o de los árbitros relativamente nuevos que son mujeres;
- La falta de retención y promoción de las mujeres en la profesión jurídica, que de otro modo podrían llegar a ser candidatas a árbitros con experiencia; y
- El sesgo de género inconsciente e implícito entre la profesión jurídica, y la sociedad en general.

EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD DE REPRESENTACIÓN EN EL ARBITRAJE

Según el informe: «Mientras la comunidad del arbitraje en general trabaja apuntando a la dirección correcta, hay que hacer mucho más para lograr la plena paridad de género para las mujeres. Para ello, varias partes interesadas tienen un importante papel que desempeñar.

Aunque las estadísticas de todo el mundo muestran una mejora en los nombramientos institucionales, los nombramientos de las partes siguen relegando esta cuestión. Las instituciones son posiblemente los defensores más ruidosos de la diversidad en el arbitraje, y quizás, uno de los actores más eficaces. Las instituciones deberían seguir promoviendo los perfiles de las nuevas árbitras en la comunidad arbitral.

Los bufetes de abogados deberían aumentar la visibilidad de sus abogadas invirtiendo en formación y poniendo a las abogadas frente a sus clientes, conferencias y paneles. Los bufetes de abogados también deberían mejorar la retención y promoción del talento femenino. El hecho de que las mujeres ocupen puestos de liderazgo en los despachos de abogados contribuye, en última instancia, a fomentar la confianza en las mujeres que toman decisiones y en los árbitros, al tiempo que combate los prejuicios inconscientes.

El nombramiento de las partes es uno de los mayores obstáculos para aumentar el número de mujeres árbitros. Como una de las principales partes interesadas, los usuarios corporativos pueden comprometerse a solicitar específicamente la inclusión de candidatas en las listas de posibles árbitros. Este compromiso puede manifestarse en el establecimiento de procesos internos para la selección de árbitros, como la exigencia del género y otros factores de diversidad (como la raza) como parte del proceso y el seguimiento de otras recomendaciones establecidas en las Directrices Corporativas del ERA Pledge.

Aunque muchos usuarios corporativos han compartido sus objetivos de diversificar sus árbitros y equipos jurídicos, las estadísticas y las iniciativas reales no han sido tan transparentes. No todos los firmantes del Compromiso han hecho públicas las acciones que están llevando a cabo para aplicar medidas concretas, y de los que han escrito sobre el tema, pocos han detallado específicamente los planes de acción.

Los hombres tienen un gran papel que desempeñar, sobre todo porque constituyen la mayor parte de los altos cargos de la profesión jurídica. Cada vez son más los hombres que actúan como aliados de las mujeres y siguen promoviendo la visibilidad de las mujeres profesionales, animando a los clientes a pensar de forma diferente y a presentar un número igual de mujeres y hombres cualificados en las listas de candidatos a árbitros propuestas.

Que esta sea una oportunidad para que todos renovemos nuestro compromiso de multiplicar la diversidad en el arbitraje internacional».

La CCI publica las cifras preliminares de resolución de litigios para 2021 (26 enero 2021)

Las estadísticas preliminares de 2021 publicadas el 26 de enero de 2021 por los Servicios de Solución de Controversias de la CCI revelan una gran demanda de arbitraje y ADR de la CCI, así como un fuerte aumento de los montos en disputa en los nuevos casos. Así lo pone de manifiesto un documento de la CCI de 31 de enero de 2021.



En 2021, la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI registró un total de 853 nuevos casos, de los cuales 840 fueron presentados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI y 13 bajo el Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora. Esta cifra es comparable pero inferior al número récord de presentaciones registrado en 2020.

Además, la Secretaría recibió 27 solicitudes en virtud de las Disposiciones de la CCI sobre el Árbitro de Emergencia, un procedimiento para la adopción de medidas provisionales o conservatorias urgentes que no pueden esperar la constitución de un tribunal arbitral. Las primeras estadísticas también muestran un fuerte aumento en el monto promedio en disputa en los nuevos casos registrados entre enero y octubre de 2021, con 184 millones de dólares en disputa en comparación con 54,1 millones de dólares para los nuevos casos presentados entre enero y diciembre de 2020. Para el mismo período, las cifras indican que la mediana del importe en litigio fue similar a la del año anterior (5,7 millones de dólares en 2021 frente a 5,6 millones de dólares en 2020).

Los nuevos casos registrados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI en 2021 involucraron a 2.206 partes de 143 países. Las partes de Estados Unidos, Brasil, España, los Emiratos Árabes Unidos y México ocuparon los puestos primero a quinto, respectivamente, y las partes de Francia, Alemania, la RP China y la RAE de Hong Kong, India e Italia completaron los 10 primeros países.

Las cifras preliminares también revelan que 2021 fue un año récord para el Centro Internacional de ADR de la CCI que ofrece una gama de servicios que pueden utilizarse por separado, sucesivamente o incluso simultáneamente con otros procedimientos de solución de controversias. En 2021, el Centro registró 80 nuevas solicitudes de sus servicios, que comprenden la mediación (44 casos), el peritaje (25 casos), los Dispute Boards (4 casos) y los casos relacionados con los instrumentos de financiación comercial (7 casos). En 2020 se recibieron un total de 77 nuevos casos.

Escrito de "amicus curiae" de la CCI para orientar al Tribunal Supremo de EE UU (31 enero 2022)



La CCI ha presentado el 31 de enero de 2022 un escrito de *amicus curiae* para orientar al Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre una decisión que va a tomar y que puede tener implicaciones políticas y prácticas en la realización de arbitrajes internacionales en todo el mundo. El escrito ha sido presentado conjuntamente por la CCI y el United States Council for International Business (USCIB), que gestiona el comité nacional de la CCI en Estados Unidos (ICC USA).

El 10 de diciembre de 2021, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos aceptó conocer dos casos —*ZF Automotive US, Inc. contra Luxshare, Ltd.* y *AlixPartners, LLP, et al. contra el Fondo para la Protección de los Derechos de los Inversores en Estados Extranjeros*— que consolidó para la presentación de informes y argumentos orales.

El caso consolidado plantea la cuestión de si la asistencia para la presentación de pruebas por parte de los tribunales de EE.UU. — además del 28 U.S.C. §1782(a) («sección 1782») — está disponible en los arbitrajes comerciales privados. Las decisiones de los tribunales de apelación de EE UU están divididas en cuanto a si la sección 1782 puede utilizarse en este contexto.

No es la primera vez que se pide al Tribunal Supremo que considere este asunto. En marzo de 2021, el Tribunal Supremo concedió una petición para escuchar los argumentos sobre la misma cuestión en el caso *Servotronics Inc. v. Rolls-Royce PLC*. La CCI presentó un escrito de *amicus curiae* en ese caso, pero el caso fue desestimado por acuerdo de las partes.

Al igual que en el caso *Servotronics*, y sin expresar una opinión sobre si los tribunales arbitrales comerciales privados constituyen un «tribunal extranjero o internacional» en el sentido del artículo 1782, la CCI presentó un escrito de *amicus curiae* el 31 de enero de 2022 para orientar al Tribunal Supremo en su decisión.

La decisión del Tribunal Supremo es de especial relevancia para los usuarios del arbitraje, que resuelven sus controversias bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, dado el prestigio de la CCI

como la institución arbitral preferida en el mundo y su volumen de casos.

A través de su intervención, la CCI pretende ayudar al Tribunal Supremo a considerar el grado de deferencia que el tribunal de primera instancia debe dar a las opiniones de un tribunal arbitral sobre la presentación de pruebas solicitada, en el caso de que el Tribunal Supremo considere que el artículo 1782 se aplica al arbitraje comercial privado.

La CCI insta al Tribunal Supremo a que haga hincapié en que un tribunal estadounidense que evalúe una petición en virtud de la Sección 1782 debe conceder un grado muy elevado de deferencia a las opiniones del tribunal arbitral sobre la presentación de pruebas solicitada. La CCI argumenta que el texto y el propósito de la Sección 1782 —diseñada para ayudar a los tribunales extranjeros— apoyan la concesión de dicha deferencia.

El escrito de la CCI también subraya la importancia de conceder un alto grado de deferencia en reconocimiento de la autoridad primordial del tribunal arbitral para gestionar el descubrimiento en su propio procedimiento. Al acordar el arbitraje de su controversia bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI u otras reglas de arbitraje, las partes reconocen que el tribunal arbitral resolverá el fondo de su disputa y que es el tribunal arbitral el que tiene la autoridad primaria y el control sobre el procedimiento —incluyendo los asuntos probatorios. Esta elección de las partes debe ser respetada y tener pleno efecto de acuerdo con el principio fundamental de la autonomía de la voluntad.

Además, a la luz de la vinculación del tribunal arbitral con la controversia de las partes, proporcionar un grado significativo de deferencia a las opiniones del tribunal arbitral también promovería la eficiencia y evitaría costos innecesarios. El tribunal arbitral es el más indicado para evaluar si las pruebas que puedan resultar de una solicitud 1782 serán útiles en el arbitraje subyacente.

Las alegaciones ante el Tribunal Supremo están previstas para el 23 de marzo de 2022.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



El CIADI somete a votación del Consejo Administrativo enmiendas a sus Reglas y Reglamentos (20 enero 2022)



Marcando un importante hito en el proceso de cinco años de modernización del reglamento y reglas del CIADI para la resolución de diferencias internacionales relativas a inversiones, el Centro sometió las resoluciones sobre enmiendas a las reglas al Consejo Administrativo— el órgano de gobierno del CIADI— a fin de obtener un voto para su aprobación el 20 de enero de 2022.

Las enmiendas a las Reglas de Arbitraje y Conciliación en virtud del Convenio del CIADI, así como las enmiendas al Reglamento Administrativo y Financiero y a las Reglas de Iniciación, requieren la aprobación de dos tercios del Consejo Administrativo. Para adoptar las enmiendas a los Reglamentos y Reglas del Mecanismo Complementario aplicable a los Procedimientos de Arbitraje y Conciliación y a las Reglas independientes de Comprobación de Hechos y Mediación, se requiere el voto favorable de la mayoría de los votos emitidos.

Se espera que los Estados Miembros del CIADI emitan sus votos sobre las enmiendas a las reglas, a más tardar, el 21 de marzo de 2022. De aprobarse, las nuevas reglas entrarían en vigor el 1 de julio de 2022.

Las enmiendas propuestas son las más extensas en los 55 años de historia del CIADI. Reflejan un extenso diálogo con sus Estados Miembros y con el público en general, con propuestas planteadas en seis documentos de trabajo publicados a lo largo de cinco años.

El CIADI se propuso simplificar sus reglas procesales, en aras de lograr un proceso de resolución de controversias más eficaz y accesible para los usuarios. Las nuevas reglas incorporan temas que los

Estados Miembros y el público plantearon durante el período de consulta—incluyendo mayor transparencia en la tramitación y el resultado de los procedimientos, nuevos requisitos de divulgación para casos que cuenten con financiamiento por terceros, y reglas de arbitraje expedito para las partes que deseen acortar aún más los calendarios procesales.

Un conjunto totalmente nuevo de Reglas de Mediación y Reglas de Comprobación de Hechos expande la gama de mecanismos de resolución de controversias a disposición de Estados e inversionistas. También se ha ampliado el acceso a las reglas procesales y los servicios administrativos del CIADI. La Mediación y la Comprobación de Hechos del CIADI estarán disponibles para todas las cuestiones vinculadas a una inversión que involucren a un Estado, sobre la base del consentimiento.

De manera similar, se han relajado los requisitos jurisdiccionales del Reglamento del Mecanismo Complementario para el Arbitraje y la Conciliación—con el fin de ampliar la disponibilidad de las reglas y servicios del CIADI cuando las partes así lo acuerden. De conformidad con las reglas enmendadas, ni el Estado ni el inversionista tienen que ser Estados Miembros del CIADI o nacionales de uno de estos Estados. Las Organizaciones Regionales de Integración Económica—tales como la Unión Europea—también pueden acceder al arbitraje y a la conciliación del CIADI al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario modificado.

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE



El Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) publica las estadísticas de 2021 (9 febrero 2022)



El Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) es una organización sin ánimo de lucro establecida bajo la ley de Hong Kong. Fue creado en 1985 por un grupo de empresarios y profesionales con el propósito de satisfacer la creciente necesidad de servicios de resolución de conflictos en Asia. En la actualidad, el HKIAC es una de las organizaciones de resolución de conflictos más importantes del mundo, especializada en el arbitraje, la mediación, la adjudicación y la resolución de conflictos de nombres de dominio. Según la encuesta sobre arbitraje internacional 2021 de Queen Mary, University of London y White & Case, el HKIAC es la tercera institución arbitral más preferida y utilizada en todo el mundo..

Las estadísticas publicadas por el HKIAC el 9 de febrero de 2022 registra los siguientes datos:

- En 2021 se presentaron un total de 514 asuntos ante el HKIAC. De ellos, 277 fueron arbitrajes, 225 fueron disputas sobre nombres de dominio y 12 fueron mediaciones. De los 277 arbitrajes, 183 fueron administrados por el HKIAC. El importe total de la disputa en todos los arbitrajes fue de 54.600 millones de dólares de Hong Kong (aproximadamente 7.000 millones de dólares). El importe medio de los arbitrajes administrados fue de 193,8 millones de dólares de Hong Kong (aproximadamente 24,8 millones de dólares).
- Los arbitrajes presentados en 2021 siguieron siendo predominantemente internacionales, con partes de 41 jurisdicciones. El 82% de todos los arbitrajes y el 93% de los arbitrajes administrados fueron internacionales (un aumento del 10% y del 7% respecto a 2020, respectivamente). La gran

mayoría de los arbitrajes tuvieron como sede Hong Kong, mientras que otras sedes incluyeron Moscú, Singapur e Inglaterra y Gales. Los litigios estuvieron sujetos a 13 leyes reguladoras diferentes.

- Las partes se beneficiaron de las disposiciones disponibles en el Reglamento de Arbitraje Administrado de HKIAC para los litigios multipartitos. Los 277 arbitrajes sometidos al HKIAC en 2021 implicaron a un total de 801 partes y 475 contratos. De los 277 arbitrajes, 131 involucraron a múltiples partes o contratos. En un tercio de esos casos, se invocaron las disposiciones de HKIAC sobre acumulación, consolidación y arbitraje único de contratos múltiples para agilizar el proceso.
- El HKIAC nombró 142 árbitros en 2021. De los 142 nombramientos realizados por el HKIAC, 31 (22%) fueron de árbitros mujeres y 44 (31%) fueron de árbitros no nombrados previamente por el HKIAC en los últimos tres años.

El servicio de secretaría del tribunal de HKIAC siguió creciendo en popularidad dada la eficiencia en tiempo y costes que ofrece. El personal jurídico del HKIAC recibió 20 nombramientos de secretario de tribunal, lo que refleja otro año récord desde que el HKIAC introdujo el servicio en 2014.

En 2021, los usuarios recurrieron cada vez más a HKIAC para sus servicios de audiencia. HKIAC's acogió 138 audiencias, de las cuales 101 fueron total o parcialmente virtuales, y 37 fueron presenciales en las instalaciones de HKIAC en Hong Kong.

Un número creciente de partes presentó solicitudes en virtud del acuerdo entre Hong Kong y China continental sobre medidas provisionales («Acuerdo»):

En 2021, HKIAC tramitó 25 solicitudes ante 15 tribunales diferentes de China continental en virtud del Acuerdo, con el fin de preservar pruebas, activos o conductas por un valor total de 3.500 millones de RMB (aproximadamente 544,4 millones de dólares). Con respecto a estas solicitudes, los tribunales de China continental emitieron órdenes para preservar activos por valor de 1.500 millones de RMB (aproximadamente 233,6 millones de dólares). Desde la introducción del Acuerdo en octubre de 2019, HKIAC ha tramitado 62 solicitudes y tiene conocimiento de órdenes judiciales que preservan activos por un total de 12.700 millones de RMB (2.000 millones de dólares).

NOTICIAS

INFORMACIONES



La Comisión insta a Bélgica, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Rumanía y Suecia a que pongan fin a los tratados bilaterales de inversión (TBI) con otros Estados miembros de la UE (2 diciembre 2021)



La Comisión ha decidido incoar procedimientos de infracción el 2 de diciembre de 2021 contra Bélgica, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Rumanía y Suecia por no haber retirado efectivamente de sus ordenamientos jurídicos los tratados bilaterales de inversión (TBI) entre Estados miembros de los que son parte contratante, con objeto de que estos dejen de producir efectos jurídicos. La posición de la Comisión desde hace tiempo es que los TBI entre Estados miembros constituyen un sistema paralelo de tratados que se solapa y entra en conflicto con el Derecho de la Unión, impidiendo así su plena aplicación.

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Achmea* (C-284/16),

todos los Estados miembros se comprometieron en 2019 a finalizar sus TBI dentro de la Unión de manera coordinada mediante un tratado multilateral o a través de finalizaciones bilaterales convenientes. La Comisión observa que ni Austria ni Suecia firmaron el tratado multilateral con otros Estados miembros, ni concluyeron la finalización bilateral de sus TBI entre Estados miembros de la UE. Si bien Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumanía firmaron el tratado multilateral en mayo de 2020, no han completado todavía el proceso de ratificación, necesario para garantizar la seguridad jurídica de los inversores y las empresas. La Comisión insta a los Estados miembros mencionados a que adopten de manera urgente todas las medidas necesarias para retirar los TBI entre Estados miembros de la UE de su ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Si estos no dan una respuesta satisfactoria en un plazo de dos meses, la Comisión puede optar por enviar dictámenes motivados.

Además, la Comisión ha enviado también el 2 de diciembre de 2021 un dictamen motivado complementario a Suecia por no garantizar eficazmente que su tratado bilateral de inversión (BIT) con Rumanía deje de producir efectos jurídicos. Si bien Suecia retiró formal e inequívocamente el TBI de su ordenamiento jurídico mediante un acuerdo mutuo con Rumanía, no ha garantizado el grado necesario de seguridad jurídica para los inversores y las empresas, ya que, en la práctica, no eliminó todos los efectos jurídicos derivados del TBI desde que surgió por primera vez su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Esto ha permitido a los tribunales de arbitraje adoptar su propio punto de vista sobre la validez del TBI, confirmando hasta la fecha su aplicabilidad y aceptando su competencia sobre la base de sus disposiciones. La Comisión insta a Suecia a que adopte todas las medidas necesarias para garantizar que su TBI con Rumanía deje de producir efectos jurídicos, teniendo en cuenta la incompatibilidad del TBI con el Derecho de la Unión. En ausencia de una respuesta satisfactoria por parte de Suecia en el plazo de dos meses, la Comisión puede optar por remitir el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Remisión a las Cortes Generales del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa (7 diciembre 2021)



El Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2021 aprobó el acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones y su Declaración Interpretativa y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Acuerdo.

ANTECEDENTES

El vigente Acuerdo fue suscrito en Bogotá el 31 de marzo de 2005. Debido al interés de las partes en modernizarlo, la Comisión Europea, conforme al Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo, con fecha 11 de diciembre de 2017, autorizó a España a entablar negociaciones formales con la República de Colombia para su modificación, con el objetivo de alinear el contenido del Acuerdo con los desarrollos más recientes en materia de Derecho Internacional conforme a la política de protección de inversiones de la UE.

Tras haber obtenido la autorización por parte de la Comisión Europea, España y Colombia iniciaron las negociaciones para la modernización del texto de APPRI en 2018. En agosto de 2019, las dos delegaciones alcanzaron un acuerdo de texto y la Comisión Europea, con fecha 26 de septiembre de 2019, autorizó su firma.

Sin embargo, en octubre de 2019, la delegación colombiana comunicó a la delegación española la Opinión emitida por la Corte Constitucional colombiana sobre acuerdos internacionales en la que solicitaba que se redujera el margen interpretativo de las disposiciones vinculantes de este tipo de acuerdos. Por ello, las dos delegaciones acordaron atender a las peticiones de la Corte colombiana mediante la negociación de una Declaración Interpretativa que especificara algunos de los

elementos contenidos en el texto de APPRI.

España consultó a la Comisión Europea si las negociaciones de la Declaración Interpretativa requerirían un nuevo proceso de autorización conforme al Reglamento 1219/2012. Aunque la Comisión Europea informó a España que la firma de la Declaración Interpretativa estaba cubierta por la autorización de firma emitida por la propia Comisión con fecha 26 de septiembre de 2019, España, en cumplimiento del principio de cooperación leal, recogido en el Artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, informó a la Comisión Europea sobre el desarrollo de las nuevas negociaciones para la conclusión de la Declaración Interpretativa con Colombia. El 12 de febrero de 2021, la Comisión Europea comunicó a España su conformidad con el texto alcanzado.

El interés de España en la modernización del APPRI con Colombia se deriva de la propia experiencia de España en casos de arbitraje y del debate internacional sobre protección de inversiones que actualmente se desarrolla en el seno de organismos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Con este nuevo Acuerdo, España y Colombia pretenden lograr para sus inversiones una protección recíproca y efectiva que garantice el derecho legítimo de las Partes a alcanzar objetivos legítimos de interés público. Asimismo, en materia de resolución de disputas, ambos países han negociado un Acuerdo y una Declaración Interpretativa que garantizan procedimientos de arbitraje más imparciales, independientes, coherentes, previsibles y transparentes. Esto redundará en beneficio de las empresas españolas y de España como país receptor de inversiones.

Además, se promueve la reforma estructural del sistema de resolución de disputas inversor-Estado que España, la Unión Europea (UE) y los demás Estados miembros promueven en el Grupo de trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Con este objetivo, España y Colombia han acordado someter las disputas a un futuro Tribunal Multilateral de Inversiones cuando éste haya sido ratificado por ambas Partes.

La modernización del texto de APPRI permitirá que los compromisos en materia de inversión que rigen las relaciones bilaterales con Colombia estén alineados con la política de protección de inversiones de la UE. La firma tuvo lugar en Madrid, el 16 de septiembre de 2021, previa autorización del Consejo de Ministros el 15 de junio de 2021.

Por su parte, el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de octubre de 2021, determinó que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del presente Acuerdo, requiere la previa autorización de las Cortes Generales, en los términos del apartado e) del artículo 94.1 de la Constitución, debido a que el Acuerdo contiene varias disposiciones que inciden sobre materia reservada a ley en nuestro ordenamiento jurídico.

CONTENIDO

El texto mantiene la estructura básica de este tipo de acuerdos: preámbulo y ámbito de aplicación,

estándares de trato, derecho a regular y denegación de beneficios, solución de controversias inversor-Estado y solución de controversias Estado-Estado. En total consta de cuarenta y un artículos y un anexo.

Los arts. 1, 2 y 3 contienen el ámbito de aplicación y definiciones. Se incorporan salvaguardias que garantizan la discrecionalidad regulatoria de las Partes Contratantes en materia de estabilidad financiera, subsidios y ayudas públicas y otros compromisos internacionales de integración comercial y económica a la vez que garantizan que los usuarios del Acuerdo se corresponden con los intereses de protección y promoción de inversiones de las Partes Contratantes. Así, por ejemplo, la definición de inversión tiene en cuenta, además del propio concepto, una definición por inclusión (lista positiva) y una definición por exclusión (lista negativa). El concepto de inversor excluye explícitamente las sociedades de mera tenencia de participaciones financieras.

Los arts. 4 al 13 recogen los estándares de trato acordados por España y Colombia. Se incluyen los compromisos básicos de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, Plena Protección y Seguridad Física, Compensación por Pérdidas, Transferencias, Expropiación, Valoración de Daños y Subrogación. Así:

Los estándares de trato han sido revisados para asegurar una correcta interpretación por parte de los Tribunales encargados de juzgar las controversias inversor-Estado.

En el caso de Trato Nacional y Nación Más Favorecida, se excluyen los tratamientos derivados del cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes Contratantes en proyectos de integración comercial y económica.

El estándar de Trato Justo y Equitativo ha sido revisado en profundidad para minimizar el margen interpretativo de los Tribunales. Este cambio de enfoque obedece a las recomendaciones hechas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y se ciñe al propio enfoque de los acuerdos de protección de inversiones de la UE.

Los arts. 14 al 18 introducen el derecho a regular de las Partes Contratantes para alcanzar objetivos legítimos de interés público, incluidos los objetivos de seguridad nacional. En materia de denegación de beneficios, se hace explícita la exclusión de sociedades pantalla y sociedades condenadas en firme por cortes internacionales reconocidas por las Partes Contratantes.

En los arts. 19 al 38 se regula el mecanismo de solución de diferencias inversor-Estado en el que se aclaran algunas cuestiones procedimentales en línea con las reformas que se debaten actualmente en seno del CIADI (Financiación de Terceros, Garantía de Costes, Consolidación, *Amicus Curiae* y Costas, entre otros). Se hace hincapié en la independencia e imparcialidad de los miembros del Tribunal y en la transparencia del procedimiento. España acuerda por primera vez la inclusión de las Reglas de Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En el art. 39 las Partes han acordado hacer un seguimiento continuo del Acuerdo con el objetivo de

matizar, actualizar o modificar su contenido. Esto permitirá que el Acuerdo se ajuste en todo momento al interés de las Partes en materia de promoción y protección recíproca de inversiones.

El art. 40 contiene las disposiciones transitorias, en las que se establece que el APPRI de 2005 dejará de tener efectos y será sustituido por este nuevo Acuerdo desde su entrada en vigor.

El art. 41 regula la entrada en vigor, la prórroga y la terminación del Acuerdo. Así, el Acuerdo entrará en vigor a los 60 días después de la fecha de recepción de la última de las notificaciones mediante las que las Partes Contratantes se comuniquen el cumplimiento de los respectivos requisitos constitucionales necesarios a tal efecto. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años, transcurrido el cual continuará en vigor indefinidamente, a menos que cualquiera de las Partes Contratantes notifique a la otra su decisión de denunciarlo, notificación que surtirá efecto doce meses después de la fecha de recepción de dicha nota, provocando la terminación de este Acuerdo.

Desde el punto de vista de la repercusión económica, el Acuerdo y la Declaración Interpretativa no suponen incremento de gasto público.

La Comisión lleva al Reino Unido al Tribunal de Justicia de la UE por una sentencia del Reino Unido que permite la ejecución de un laudo arbitral que concede ayudas estatales ilegales (9 febrero 2022)



La Comisión ha decidido llevar al Reino Unido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 9 de febrero de 2021) en relación con una sentencia de su Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 que permite la ejecución de un laudo arbitral que ordena a Rumanía pagar una indemnización a los inversores, a pesar de que una decisión de la Comisión ha concluyó que la compensación infringía las normas sobre ayudas estatales de la UE.

ANTECEDENTES

En 2005, Rumanía revocó un régimen ilegal de ayudas estatales como condición previa para su adhesión a la Unión Europea. En respuesta, los inversores sueco-rumanos Ioan y Viorel Micula, así como las empresas rumanas controladas por ellos, iniciaron procedimientos de arbitraje en virtud de un tratado de inversión bilateral de 2003 celebrado entre Rumania y Suecia.

En diciembre de 2013, un tribunal de arbitraje, constituido bajo los auspicios del Convenio Internacional para la Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dictó un laudo en el que se determinó que Rumania había infringido un tratado bilateral de inversión que celebró en 2003 con Suecia. Como parte del proceso de adhesión a la UE, Rumanía revocó un plan de incentivos a la inversión en 2005, cuatro años antes de su expiración prevista, a fin de armonizar su legislación nacional con las normas sobre ayudas estatales de la UE. El tribunal arbitral ordenó a Rumanía que indemnizara a los demandantes, Ioan y Viorel Micula, dos inversores con ciudadanía sueca, y sus empresas rumanas, por no haberse beneficiado plenamente del plan.

Sin embargo, tras una investigación exhaustiva, el 30 de marzo de 2015, la Comisión adoptó una decisión en la que concluye que cualquier compensación pagada por Rumanía en virtud de la concesión infringía las normas sobre ayudas estatales de la UE y ordena a Rumanía recuperar cualquier compensación pagada a los beneficiarios de la concesión..

En 2014, los beneficiarios del laudo arbitral solicitaron el reconocimiento de dicho laudo en el Reino

Unido. Según la Corte Suprema del Reino Unido, las obligaciones del derecho de la UE del Reino Unido en ese momento no se interpusieron en el camino de su supuesta obligación internacional de reconocer y ejecutar el laudo arbitral en virtud del Convenio del CIADI. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal Supremo del Reino Unido se basó en el artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que preserva las obligaciones internacionales previas a la adhesión de los Estados miembros adeudadas a terceros países en caso de que esas obligaciones entren en conflicto con su UE obligaciones de ley.

Cuando el Tribunal Supremo del Reino Unido dictó su sentencia, los procedimientos relativos a la validez de la decisión de la Comisión de 2015 estaban pendientes ante los Tribunales de la Unión.

En 2020, la Corte Suprema del Reino Unido confirmó una apelación cruzada presentada por los beneficiarios del laudo arbitral contra la sentencia del Tribunal de Apelación y levantó la suspensión de la ejecución de ese laudo. La Comisión intervino en dicho procedimiento.

En 2020, la Comisión envió al Reino Unido una carta de requerimiento y, en 2021, envió un dictamen motivado en el que exponía las infracciones del Derecho de la UE que consideraba resultantes de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido.

El 25 de enero de 2022, el Tribunal de Justicia anuló una sentencia del Tribunal General que anulaba la decisión de la Comisión y concluyó que las normas de la UE sobre ayudas estatales eran plenamente aplicables a la medida en cuestión, así como que la Comisión era competente para evaluar dicha medida.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

La Comisión considera que el Reino Unido:

- Violó el principio de cooperación leal al resolver una cuestión jurídica que ya se había planteado ante los tribunales de la Unión, a saber, la interpretación y aplicación del artículo 351 TFUE y la validez de la decisión de la Comisión de 2015 a este respecto.
- Infringió el artículo 351 TFUE, al interpretar y aplicar mal dicho precepto en las circunstancias antes mencionadas. Esto ha desvirtuado los efectos de la decisión de la Comisión, que determinó que dicha disposición no se aplicaba al laudo arbitral.
- Infringió el artículo 267 TFUE, al no hacer una referencia preliminar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicación del artículo 351 TFUE en relación con el reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI en la UE y la validez de la decisión de la Comisión al respecto.
- Infringió el artículo 108, apartado 3, del TFUE, al no respetar, en relación con la ejecución del laudo arbitral, el efecto suspensivo de la decisión de la Comisión de 2014 de abrir un procedimiento formal de investigación de ayudas de Estado.

La Comisión considera que la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido tiene implicaciones significativas para la aplicación de la legislación de la UE a las controversias relativas a inversiones, en particular para (i) los laudos arbitrales dictados sobre la base de un tratado bilateral de inversión dentro de la UE o (ii) el derecho intra-UE aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Comisión considera que el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos por parte de los tribunales del Reino Unido son incompatibles con el derecho de la UE y eludirían y socavarían los esfuerzos de la Comisión para garantizar la implementación efectiva de las sentencias que reiteran la primacía del derecho de la UE sobre los laudos arbitrales en el contexto de las inversiones dentro de la UE. disputas, que son incompatibles con la legislación de la UE y, por lo tanto, inaplicables. En este contexto, la Comisión ha incoado recientemente procedimientos de infracción contra aquellos Estados miembros que no hayan rescindido sus tratados bilaterales de inversión dentro de la UE.

Por tanto, la Comisión ha decidido llevar al Reino Unido ante el Tribunal de Justicia.

De conformidad con el artículo 87 del Acuerdo de Retirada, la Comisión puede, dentro de los cuatro años siguientes al final del período transitorio, iniciar un procedimiento ante el Tribunal de Justicia si considera que el Reino Unido ha incumplido una obligación en virtud de los Tratados antes del final del ese período. De conformidad con el artículo 89 del Acuerdo de Retirada, las sentencias del Tribunal de Justicia en dichos procedimientos tienen fuerza vinculante en su totalidad en el Reino Unido.

CONVOCATORIAS

Los días 20 a 22 del mes de abril de 2022 se celebra el Congreso de Mediación y ADR en el Colegio de la Abogacía de Barcelona bajo la idea de diálogo y equilibrio frente a la vulnerabilidad



Los días 20 a 22 del próximo mes de abril se celebra el Congreso de Mediación y ADR en el Colegio de la Abogacía de Barcelona bajo la idea de diálogo y equilibrio frente a la vulnerabilidad.

Nuestra visión durante este año, se ha dirigido hacia las personas y colectivos vulnerables. En este ámbito, como en tantos otros, consideramos que la mediación puede tener un papel clave para gestionar las situaciones de conflicto.

Podríamos plantearnos porqué la abogacía debe tener una mirada hacía la mediación. Es, en realidad, una cuestión que se suscita frecuentemente dentro de los propios foros profesionales.

Y, vinculado a ello, si la abogacía institucional, los Colegios profesionales, han de participar e impulsar, este ámbito.

El Centro de Mediación del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) cumplió su décimo aniversario el pasado mes de noviembre. Su constitución fue resultado de la apuesta por la solución pacífica de las controversias, y la convicción del carácter jurídico de las cuestiones que se suscitaban y requerían acudir a los Tribunales, que no podía dejar indiferente, ni al margen, a la abogacía. Esta percepción, ha ido ganando firmeza con el transcurso de estos años.

Más allá incluso, hemos ido perfilando nuestras obligaciones deontológicas, como abogados, profesionales del derecho, comprendiendo que tenemos atribuida la tutela jurídica de los intereses

de la ciudadanía, de las personas físicas o jurídicas, y que ello comporta analizar adecuadamente, las opciones y vías por la cual se puede conseguir la satisfacción de aquellos intereses con el menor coste posible.

La abogacía tiene no sólo la capacidad sino la obligación de abordar, en cada caso, el camino más adecuado para defender los intereses que tiene encomendados. Los Códigos deontológicos y la transparencia exigen a los profesionales facilitar una visión global y conciliadora, siempre que ello resulte posible.

A la valoración puramente económica o de riesgo por el posible resultado de un procedimiento judicial, hay que añadir otras cuestiones que son, sin duda, relevantes para las personas incurso en una controversia.

Preservar relaciones personales, familiares, mercantiles, de vecindad, laborales,,, supone un activo para las personas, que puede verse gravemente afectado en un proceso contencioso. Exponer las motivaciones, necesidades, y sentimientos ante una situación de crisis, es una opción que tampoco será normalmente posible ante un Tribunal.

Finalmente, el pronunciamiento de terceros suele percibirse por los interesados como una imposición difícilmente satisfactoria y que dará salida a muchas cuestiones que se encuentran en la base del conflicto.

Actualmente, hemos iniciado una nueva etapa en la cual potenciamos el conocimiento, junto a la mediación, de otros métodos adecuados de gestión de conflictos. Consideramos necesario explorar todas las opciones que puedan facilitar individualmente o de forma combinada, un espacio en el cual tratar las cuestiones y, siempre que resulte factible, resolverlas.

Hablamos de mediación, pero también de: conciliación, facilitación, derecho colaborativo, justicia restaurativa y por qué no, también de negociación.

Hablamos de soluciones multipuertas, que nos pueden permitir pasar de una opción a otra y aprovechar diferentes recursos para llegar a esa finalidad.

También valoramos la conveniencia de comunicar y hacer visible la adecuación de estos métodos no únicamente en áreas concretas, como los asuntos civiles o de familia, sino en realidad, en la mayor parte de ámbitos como pueden ser el mercantil, laboral, administrativo o incluso penal, a través de la justicia restaurativa.

Se nos abre así, un amplio espectro, a analizar por los profesionales y a facilitar a la ciudadanía.

Los días 20 a 22 del próximo mes de abril celebraremos el Congreso de Mediación y ADR en el Colegio de la Abogacía de Barcelona bajo la idea de diálogo y equilibrio frente a la vulnerabilidad.

Nuestra visión durante este año, se ha dirigido hacia las personas y colectivos vulnerables. En este ámbito, como en tantos otros, consideramos que la mediación puede tener un papel clave para

gestionar las situaciones de conflicto.

Resulta especialmente relevante, por cuanto estamos pensando en supuestos en los que hay normalmente una parte con una posición más débil y falta de recursos para poder afrontar *per se* la defensa de sus intereses. Pueden ser supuestos en que se encuentren personas mayores, menores, familias con riesgo de exclusión residencial, o incluso colectivos afectados ante una administración.

Podría poner un ejemplo. En ocasiones se facilitan soluciones como puede ser la asignación de viviendas sociales, pero ello se efectúa sin tener en consideración los diferentes perfiles de las personas y familias que pueden tener que llegar a convivir en una misma comunidad. La consecuencia, y así ha sucedido, es generar conflictos de convivencia. En estos casos, se han utilizado procesos de mediación que tienen en consideración elementos de multiculturalidad y pluralidad, que han funcionado muy bien para conseguir una cohesión suficiente y preservar la convivencia.

A través del proceso de mediación, el profesional mediador que intervenga en cada caso, no pueda asumir el rol de defensor de los intereses de una de las partes, pues la neutralidad resulta un elemento fundamental, pero sí que puede, utilizando las herramientas propias del proceso, y la metodología adecuada, conseguir un espacio equilibrado que permita llegar a una comunicación y a un auténtico diálogo.

Queremos reivindicar esa función de aportación en la construcción social para la mediación, haciendo visible cómo puede ayudar también en estos casos.

En general, no obstante, percibimos un importante desconocimiento y recurso a estos medios. La difusión resulta fundamental para que se conozcan estas opciones y se recurra a las mismas.

Y, cuando hablamos de temas de vulnerabilidad, además de trabajar para garantizar el conocimiento, el soporte que deben prestar las administraciones deviene fundamental para que las personas puedan preservar sus intereses y gestionarlos a través de vías pacíficas.

Open de Arbitraje 2022. VIII Edición: La Vuelta al Mundo (del arbitraje) en dos días.



Los próximos días 4 y 5 de mayo tendrá lugar la octava edición del Open de Arbitraje. Un evento que es diferente, único e innovador que se ha erigido como uno de los congresos de referencia para los profesionales de arbitraje a nivel doméstico e internacional.

Esta edición se realizará en Madrid, en el espacio de La Nube de Pastrana (Paseo de la Habana, 208, 28036 Madrid)

El Open de Arbitraje vuelve un año más cargado con todas las novedades del arbitraje comercial y de inversión a nivel internacional. Durante dos días Madrid será la capital mundial de arbitraje, en un evento que se ha afianzado como una cita ineludible para conocer las nuevas necesidades y retos que debe afrontar la especialidad.



Si algo ha caracterizado al Open desde su creación es su dinamismo y su particular puesta en escena. Los asistentes y los ponentes se mimetizan con una puesta en escena creativa, sugerente y divertida. Como cada año, el Open se transforma para ofrecer a todos sus asistentes una experiencia diferente con temáticas elegidas como hilo conductor de sus mesas y ponencias tan sugerentes como el tenis, el cine, el golf, la televisión, tecnología o la sostenibilidad y el medio ambiente, entre otros.

En esta edición queremos que viajes con nosotros. Madrid será el centro del arbitraje y recorreremos

los 5 continentes desde nuestra «Terminal 8». El Open se convertirá en un aeropuerto desde donde saborear los temas de máxima actualidad con ponentes de primer nivel al tiempo que recorreremos Washington, Sao Paulo, Boston, Paris, Londres, Galápagos, Sydney, Madrid

Sostenibilidad, la importancia de la ejecución de los laudos, la relevancia de las sanciones internacionales en el arbitraje internacional, los temas de máxima actualidad en energía y construcción, las nuevas reglas aplicables en la UE y en CIADI a los fondos, medio ambiente y hasta 19 mesas con más de 60 ponentes de más de 15 países.

El Open no deja a nadie indiferente y ha seguido creciendo para ofrecer dos días completos de conocimiento, entretenimiento, contactos, diversión y calidad a raudales.

El aumento exponencial de patrocinadores, casi 50, y colaboradores de todas las partes del mundo — sin los cuales el Congreso no sería posible— ha potenciado la exposición y seguimiento del evento a nivel global. Las previsiones para esta edición son alcanzar los 300 asistentes presenciales y los 1500 inscritos online.

El Congreso, que alternará mesas debate en castellano en inglés con traducción simultánea, contará con tu formato híbrido, compaginando la puesta en escena presencial con una emisión en streaming en formato televisivo a través de la plataforma del Open «Arbee», que se está convirtiendo en la red social del arbitraje. El objetivo es dotar de una mayor autonomía a nuestros asistentes, ofreciéndoles una plataforma donde no solo podrán ver el streaming en la mejor calidad audiovisual que la tecnología nos permite, sino consultar todo tipo de información relativa el evento y realizar networking de manera virtual. Así pues, el usuario podrá acceder a contenido en exclusiva de nuestros patrocinadores y colaboradores, cerrar reuniones en streaming con el resto de los asistentes, acceder a salas privadas donde presentar su tarjeta virtual, foros de debate por áreas de especialización, etc.



Para acceder a todos los contenidos del evento tan solo deberás tramitar tu inscripción a través de nuestra web (www.opende Arbitraje.com) y elegir tu modalidad de asistencia. Podrás beneficiarte de descuento de hasta un 20% utilizando el cupón promocional «EARLY20» si realizas tu inscripción antes del próximo 10 de abril.

¿Estás preparado para el viaje? Haz el check-in y prepara tu equipaje porque en breve despegamos. ¡Nos vemos en el Open de Arbitraje 2022!



Curso de verano de la Universidad de Alcalá 2022, con el patrocinio de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y de Wolters Kluwer: «Nueva configuración del procedimiento arbitral: Reglamentos, directrices y práctica» (27 de junio a 1 de julio de 2022)



Dirección: Ana Fernández Pérez, Profesora Titular de Derecho internacional privado y Directora de Máster de Arbitraje de la Universidad de Alcalá. Árbitra del Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid

Unidad organizadora del curso: Departamento de Ciencias jurídicas

Modalidad: Mixta: Presencial Facultad Derecho UAH y Online (Blackboard — Aula Virtual de Alcalá)

Fechas de realización: 27 de junio al 1 de julio

Horario de las clases: 16,00 a 21,00 horas

Horas lectivas totales: 25

Precio:

- General: 50 euros
- Reducido alumnos de la UAH, estudiantes universitarios y, desempleados, etc.): 20 euros

Perfil del alumno/a: El Curso está dirigido a todas aquellas personas que vayan a desempeñar

labores profesionales en el ámbito de los negocios internacionales, ya sea en empresas u organizaciones nacionales o internacionales, y deseen obtener una formación especializada del más alto nivel profesional y académico en arbitraje comercial

Especialmente destinado a empresarios/empresas que quieran expandir sus negocios internacionalmente y de modo preferente a los miembros de la Asociación de Empresarios del Henares.

Objetivos

El procedimiento arbitral brinda un mecanismo que entraña muchas ventajas y múltiples posibilidades para resolver satisfactoriamente una controversia. Las características intrínsecas del arbitraje 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 el árbitro. En los últimos años, en gran parte como consecuencia de la pandemia del Covid-19, los centros de arbitraje han aportado importantes reformas a sus Reglamentos de arbitraje tendentes a flexibilizar, a acortar y a abaratar el procedimiento recurriendo muchas veces a métodos telemáticos. Al mismo tiempo las instituciones promotoras de este mecanismo de arreglo de controversias han adaptado sus Reglas a la consecución de estos objetivos, como muestran las Reglas de la IBA de 2010 y las Reglas de Praga de 2018, pudiendo hablarse en los últimos años de una efectiva estandarización del procedimiento arbitral.

Los objetivos del curso son dar a conocer estas nuevas tendencias reguladoras apuntando sus ventajas e inconvenientes para la práctica del arbitraje.

PROGRAMA

Lunes 27 de junio

AUTONOMÍA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL FRENTE AL PROCESO JURISDICCIONAL

Martes 28 de junio

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Miércoles 29 de junio

ESTANDARIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Jueves 30 de junio

MANIFESTACIONES DE LAS REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS DE LAS INSTITUCIONES

ARBITRALES

Viernes 1 de julio

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN LA CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE

PROFESORADO

Prof. Dr. Bertrand Ancel, Profesor emérito de la Universidad Paris II (Asaz)

Prof. Juan Carlos Calvo Corbella, Abogado del Estado (exc.) Asesor General para Asuntos Jurídicos de Urbaser, S.A.

Prof. Jose Antonio Caínzos, Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid

Prof. Luis Felipe Castresana, Abogado del Estado (ex.) Director de la CIMA

Rafael Gil Nieva, Abogado del Estado (ex.). Jefe Adjunto de Arbitrajes internacionales

Prof. Ignacio Coloma Garrido, Secretario de la Corte de Arbitraje del ICAM

Prof. Urquiola de Palacio del Valle de Lersurdi, Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid

Prof. Adolfo Díaz-Ambrona, Secretario General de la Cámara de Comercio de España y Secretario General de la Corte Española de Arbitraje

Prof. Dra. Ana Fernández Pérez, Profesora Titular de Derecho internacional privado y Directora de Máster de Arbitraje de la Universidad de Alcalá. Árbitra del Consejo Arbitral para el Alquiler en la Comunidad de Madrid

Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Catedrático. Director de la Escuela de Formación de Árbitros del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Coordinador del Servicio de Mediación de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)

Prof. Antonio Hierro Hernández Mora, Abogado del Estado (ex). Árbitro internacional

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Profesor Titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid

Prof. Javier Jiménez-Ugarte, Embajador de España. Of Counsel «Lupicinio International Law Firm»

Prof. Josep María Julià Insenser, Árbitro y abogado fundador de Delegaltessen

Profesora Marta Lalaguna Holzwarth, Secretaria de la Corte de Arbitraje de Madrid

Prof. Dr. Jose Fernando Merino Merchán, Letrado del Consejo de Estado y de las Cortes Generales.

Árbitro internacional

Prof. Blas Piñar Guzmán, Abogado | Árbitro | Mediador, Syndēresis legal

Prof. Francisco G. Prol, Árbitro internacional

Profesora. Dra. Inmaculada Rodríguez Robrero, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alcalá

Prof. Francisco Ruiz Risueño, Abogado del Estado, Secretario General de CIMA

Prof. Pascual Sala Sánchez, Ex Presidente del tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas. Árbitro de CIMA

Prof. Dr. Sixto A. Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Secretario general del IHLADI, Árbitro internacional

Prof. Juan Serrada Hierro, Abogado del Estado (ex). Presidente de CIMA

Prof. Dr. Gonzalo Stampa Casas, Socio Director de Stampa Abogados. Árbitro internacional

INFORMACIÓN Y CONTACTO

Secretaría de Extensión Universitaria Vicerrectorado de Políticas de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

Colegio de los Basílios. Callejón del Pozo, s/n (esquina calle Colegios, 10)

28801 Alcalá de Henares

Teléfonos: 91 885 4157 / 4090 / 4693

Correo: cursos.extension@uah.es

Organiza: Vicerrectorado de Políticas de Responsabilidad Social y Extensión. Universitaria.
www.uah.es/cultura

Patrocina: La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)

Colabora: Fundación General de la Universidad de Alcalá, www.fgua.es