

# LA LEY *Mediación y Arbitraje*



Abril-Junio 2022 | **11**

*Los MASC en el Proyecto  
de Ley de medidas de  
eficiencia procesal  
del servicio público  
de justicia*

---

*La solución de controversias  
por el dictamen de experto  
independiente*

**DIRECTOR:**

**JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS**

## Equipo Editorial

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

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

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

**ISSN Electrónico:** 2660-7808

Diseño por Wolters Kluwer 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](http://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](mailto:clienteslaley@wolterskluwer.es)

<http://www.wolterskluwer.es>

## LA LEY Mediación y Arbitraje

*Revista de actualidad jurídica sobre métodos alternativos de solución de controversias*

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

### Director

**José Carlos Fernández Rozas**

Catedrático de Universidad, árbitro internacional y miembro

del *Institut de Droit International*

### Secretario

**Gonzalo Stampa Casas**

Socio Fundador de Stampa Abogados, Doctor en Derecho,

LL.M. Londres,

árbitro y mediador internacional

### Consejo de redacción

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

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

### Consejo asesor

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

### Consejo evaluador externo

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

## SUMARIO

### TRIBUNA

- «*Acerca de la necesaria confluencia entre arbitraje y contratación pública*», **Roger Canals Vaquer**, Socio del Departamento de litigación y arbitraje de Arco Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.

### ESTUDIOS

- «*Los acuerdos extrajudiciales en las reclamaciones privadas de daños por infracción de las normas de la libre competencia (El tercer pilar)*», **Enrique Sanjuán y Muñoz**, Magistrado especialista en mercantil CGPJ. Profesor Asociado Derecho Mercantil Universidad de Málaga.
- «*El árbitro ante un procedimiento arbitral tensionado: entre la desafección y la falta de buena fe procesal de las partes*», **María Rosa Gutiérrez Sanz**, Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Zaragoza. Árbitro

### PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «*Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente*», **José Carlos Fernández Rozas**, Director de la Revista
- «*Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI y su rol de mejorar y hacer más eficiente el sistema de solución de controversias inversionista-Estado*», **Javier Ferrero**, Asociado Principal de Estudio Ehecopar Asociado a Baker & McKenzie International (Lima)

### REGULACIÓN

- «*Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid
- «*Mediación penal en España*», **Josefa Teresa Roselló Monserrat**, Abogada. Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P.

### Textos y materiales

- Medios alternativos de solución de los conflictos de convivencia en la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria
- Procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación

con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida (Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo)

- Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que incluye un Título sobre «Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional» (22 abril 2022)

## JURISPRUDENCIA

### Crónicas

- «*La acción de anulación contra los laudos de las Juntas Arbitrales de Transportes*», **Juan Gaitán**, Abogado

### Sentencias seleccionadas

- «*Asunto PL Holding: el limitado alcance de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones derivado de un convenio arbitral ad hoc con el Derecho de la Unión (STJ GS 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20: PL Holdings)*», **Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga**, Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
- «*Acción de nulidad frente a un laudo arbitral emitido por el comité jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol (STSJ Madrid CP1ª 10 de diciembre de 2021)*», **Yeray Romero Matute**, Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza
- «*Verificación de la existencia de una cláusula de sometimiento a arbitraje ¿cabe el control de oficio? (SAP Madrid 11ª 10 de febrero de 2022)*», **Rafael Arenas García**, Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona
- «*Prohibición de revisión del fondo del asunto en sede de ejecución de laudos arbitrales extranjeros (ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo de 2022)*», **María José Castellanos Ruiz**, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
- «*Arbitraje de equidad, motivación y valoración de la prueba (STSJ Castilla La Mancha CP 1ª 31 de marzo de 2022)*», **Ana Fernández Pérez**, Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá
- «*El error patente o absurdo en el laudo arbitral (STC 4 de abril de 2022)*», **Frederic Munné Catarina**, Abogado, doctor en Derecho, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona

### Notas de jurisprudencia

- «*El incidente de nulidad de actuaciones ¿Otra vía más para entrar a conocer del fondo? (ATSJ Madrid CP 1ª 9 de septiembre de 2021)*», **Francisco G. Prol Pérez**, Abogado y árbitro
- «*Nulidad del laudo por indefensión tras una notificación deficiente (STSJ Andalucía CP 1ª 6 octubre 2021)*», **Nuria Marchal Escalona**, Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada

- «*Posibilidades que el arbitraje tiene en el ámbito del seguro privado, especialmente en el marco de los contratos de seguros (AAP Malaga 5ª 22 de noviembre de 2021)*», **José Fernando Merino Merchán**, Letrado del Consejo de Estado y Cortes Generales. Arbitro y Mediador
- «*De nuevo sobre la independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales (TSJ Cataluña CP 1ª 18 enero 2022)*», **David Jurado Beltrán**, Abogado y árbitro.
- «*Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte (STSJ Madrid CP 1ª 2 marzo 2022)*», **Manuel de Lorenzo Segrelles**, Abogado. Director del Departamento de Derecho Privado. Bufete Navarro & Asociados
- «*La acción de anulación de los laudos arbitrales ante el Tribunal Constitucional (STC 4 de abril de 2022)*», **José Piñeiro y Fabio Virzi**, Socios de Cases & Lacambra

### Cronología de decisiones

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

## ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

### Asociación Europea de Arbitraje

- VIII Edición del Open de Arbitraje 2022 (4 y 5 mayo 2022)

### Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

- Acuerdo entre el CIAM y la Asociación Madrid Capital Mundial de la Construcción (4 mayo 2022)
- CIAM publica sus primeras estadísticas relativas a los años 2020-21: Primeros 10 casos alcanzados (23 mayo 2022)

### Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- Posición adoptada por la Unión Europea en el Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (17 marzo 2022)
- El Consejo Administrativo del CIADI aprueba un conjunto completo de enmiendas a sus normas fundamentales (21 marzo 2022)

### Corte de Arbitraje de Madrid

- Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC

### Corte Española de Arbitraje

- La Corte Española de Arbitraje y la Asociación Española de Banca unen fuerzas para impulsar el arbitraje en España (28 abril 2022)



### Corte Extremeña de Arbitraje

- Respaldata por una treintena de abogados nace la Corte Extremeña de Arbitraje (29 abril 2022)

### Tribunal Arbitral de Barcelona

- El Tribunal Arbitral de Barcelona renueva su junta directiva y elige a Frederic Munné como nuevo presidente (10 mayo 2022)

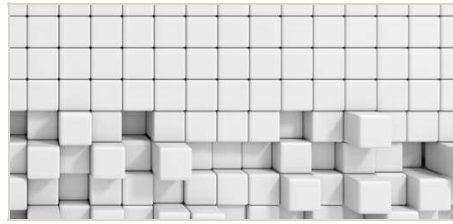
## NOTICIAS

### Informaciones

- «Sorbonne arbitraje»: un sello para promover el arbitraje dentro y fuera de París (14 febrero 2022)
- Según el Abogado General Collins, un laudo arbitral puede ser una resolución pertinente a los efectos del Reglamento Bruselas I pese a que tal laudo está excluido del ámbito de aplicación de dicho Reglamento (5 mayo 2022)

### Bibliografía

- Schinazi, Mikaël, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, 163 (Cambridge Studies in International and Comparative Law, Series Number 163), Cambridge University Press, 2021, 384 pp; ISBN-10:1108835171.



## Acerca de la necesaria confluencia entre arbitraje y contratación pública

### On the necessary confluence between arbitration and public contracting

La expansión del arbitraje y de la contratación pública en el mundo actual, y en nuestro país, es un fenómeno incontestable. Tales realidades, ambas en fase expansiva en España y en nuestro entorno inmediato, están condenadas, más pronto que tarde, a confluir, pues el elenco de materias de Derecho Administrativo no se agota en la interpretación, ejecución, terminación y liquidación de los contratos públicos.

Arbitraje — contratos públicos — relaciones mutuas.

The expansion of arbitration and public contracting in today's world, and in our country, is an undeniable phenomenon. These two realities, both in an expansive phase in Spain and in our immediate surroundings, are condemned, sooner rather than later, to converge, as the range of Administrative Law matters is not limited to the interpretation, execution, termination and liquidation of public contracts.

Arbitration — public contracts — mutual relations.



**Roger Canals Vaquer**

*Socio del Departamento de litigación y arbitraje de Arco Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.*

La expansión del arbitraje y de la contratación pública en el mundo actual, y en nuestro país, es un fenómeno incontestable. En lo que al arbitraje se refiere, su crecimiento en España como método alternativo (y/o adecuado) de resolución de controversias es una realidad tangible (aunque aún lejos de las cotas alcanzadas en otras jurisdicciones).

Por lo que respecta a la contratación pública, ésta ha venido representando durante los últimos años, de forma continuada, alrededor de un 20% del PIB (1), teniendo nuestra economía una fortísima influencia de lo público como motor económico (más allá de las filias o fobias que tal realidad pueda suscitar), dependencia que el trance de la pandemia no ha hecho más que afianzar. Asimismo, el sector público (en el sentido amplio de la expresión, esto es, comprendiendo tanto las Administraciones públicas *strictu sensu*, como la retahíla de entes, organismos y sociedades dependientes de éstas) continua su imparable expansión (2).

A mi modesto entender, tales realidades, ambas en fase expansiva en España y en nuestro entorno inmediato, están condenadas, más pronto que tarde, a confluir. Un breve recorrido por el panorama del Derecho comparado (se han efectuado estudios detallados al respecto, cuyo alcance excede, de mucho, el propósito de este artículo), muestra signos inequívocos que tal confluencia entre arbitraje y contratación pública ya se está produciendo a escala global, en especial, en aquellas jurisdicciones en las que se está apostando más decididamente por la intervención de los agentes privados no ya como meros contratistas de la Administración, sino como verdaderos socios de aquélla (como sucede en las asociaciones de colaboración público-privadas). Ejemplos de ello son, por ejemplo, el sistema peruano de arbitraje en materia de contratación pública, que residencia con carácter exclusivo en este método alternativo de resolución de controversias la solución de las disputas derivadas de la interpretación, ejecución y liquidación de contratos públicos (3); síntomas más cercanos, y quizás más significativos, del acercamiento entre arbitraje y contratación pública, son el reconocimiento normativo en Italia (4) y Portugal (5) del arbitraje como método de resolución de conflictos entre particulares y Administración sustitutivo de los Tribunales Contencioso-Administrativos en determinados ámbitos del Derecho Administrativo (especialmente, en la resolución de disputas surgidas durante la ejecución de contratos públicos).

---

Se apuntan algunas razones por las que parece urgente, perentorio, abordar de una vez por todas la introducción y el desarrollo del arbitraje en España como método alternativo de resolución de controversias de naturaleza pública

---

Normativamente, la introducción del arbitraje en el ámbito de la contratación pública se ha caracterizado por continuos vaivenes, sin que jamás se concretara una decidida apuesta por su aplicación y desarrollo real. En la actualmente vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), se suprimió casi toda referencia al arbitraje como método de resolución de controversias, excepto la referencia a la introducción de cláusulas arbitrales en los contratos otorgados con empresas extranjeras (con carácter subsidiario, si éstas no aceptan someterse a los Tribunales españoles), contenida en apartado 3º de la Disposición Adicional Primera de la LCSP. Si bien el anterior marco normativo español en materia de contratación pública sí que contenía una referencia explícita a la posibilidad de las Administraciones y entes públicos de someter a arbitraje

las controversias surgidas en materia de contratación pública (*ex art. 50 RDL 3/2011*, de 14 de noviembre), su eliminación en la LCSP, se ha interpretado mayoritariamente que tal supresión normativa no ha comportado la pérdida por las Administraciones y los entes públicos de la facultad de acudir al arbitraje en materia de contratación. Un interesante e inesperado avance en el reconocimiento normativo del arbitraje en materia de contratación pública, supuso la previsión del art. 123 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero (6), respecto de la resolución de disputas en los contratos concertados en los llamados sectores excluidos, que ha pasado, no obstante, s.e.u.o., completamente desapercibido sin trascendencia práctica alguna.

Mucho se ha escrito ya sobre el encaje técnico-jurídico en nuestro ordenamiento del arbitraje como método de resolución de controversias entre los particulares y la Administración (acerca de, por ejemplo, la arbitrabilidad de lo público, o la capacidad de los entes públicos de someterse a arbitraje).

Las reflexiones que aquí se vierten no se efectúan desde el plano teórico, sino que surgen de la experiencia profesional tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa y en el arbitraje, apuntando algunas razones por las que creo urgente, perentorio, abordar de una vez por todas la introducción y el desarrollo del arbitraje en España como método alternativo de resolución de controversias de naturaleza pública. Si bien, a mi entender el elenco de materias de Derecho Administrativo no se agota en la interpretación, ejecución, terminación y liquidación de los contratos públicos, las consideraciones que aquí efectúo se ciñen a este ámbito. Ahí van:

- I. La naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, casa mal con la creciente complejidad de los contratos públicos, que, con frecuencia, durante su ejecución, generan una pluralidad de cuestiones controvertidas. Éstas, a su vez, desembocan en la emisión de una retahíla de actos administrativos, cuya impugnación acaba generando un reguero de procedimientos contencioso-administrativos que, en mi experiencia, infrecuentemente, acaban acumulándose en un mismo procedimiento (7). Ello, a su vez, contribuye al ya monumental colapso de la jurisdicción contencioso-administrativa, que, lejos de ser un tópico manido, es una realidad cada vez más sangrante (8).

Por el contrario, el arbitraje alberga la flexibilidad necesaria para acoger, en el seno de un único procedimiento arbitral, una pluralidad de controversias que surjan en fase de ejecución de un contrato, dada la facultad de las partes de modificar o ampliar su demanda y contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales (*ex art. 29.2º Ley 60/003*, de 23 de diciembre, de Arbitraje (9)). Ergo, además de ser un cauce para la descarga de la jurisdicción en lo que atañe a disputas en el ámbito de la contratación, el arbitraje ofrece una mayor adecuación procedimental, por más adaptable a las circunstancias que van surgiendo durante la ejecución de un Contrato (una realidad cada vez más dinámica y compleja), para resolver estos conflictos con eficiencia y en unos tiempos aceptables.

- II. Se está asistiendo en el ámbito de la contratación pública, a un tránsito desde la verticalidad hacia la horizontalidad. Cada vez con mayor frecuencia, las Administraciones y los entes públicos buscan socios, y no contratistas, siendo cada vez más frecuentes esquemas de

cooperación entre los mundos público y privado (como las Asociaciones Público-Privadas (10) ) y no de mera contratación. Diversos factores que confluyen en la realidad actual hacen pensar que esta tendencia se acrecentará en los próximos años, consistiendo éstos en:

- La sofisticación cada vez mayor de los productos y servicios a adquirir por las Administraciones Públicas, lo que se traduce en una reducción del elenco de potenciales proveedores (tratándose, con cada vez más frecuencia, de empresas internacionales), lo que, a su vez, incrementa su poder de negociación. En este contexto, el riesgo de resolución ineficiente y, sobre todo, lenta, de potenciales disputas que puedan surgir durante la ejecución de los contratos públicos, es percibido por las empresas internacionales como un verdadero «riesgo país», un serio obstáculo para implantar y desarrollar sus actividades en España. Por ello, es urgente dotar a nuestro sistema de un método de resolución de controversias eficiente, y, principalmente, que respete unos ritmos temporales aceptables, compatibles con los estándares de las jurisdicciones del primer mundo.
  - Los elevadísimos niveles de deuda pública, y las depauperadas arcas de las Administraciones (especialmente tras la pandemia), forzarán, por insuficiencia presupuestaria, a acelerar el tránsito hacia esquemas de cooperación público-privada, que superen la tradicional contratación «vertical». Las asociaciones, en las que la Administración (como socio público), y las empresas (como socio privado), operaran en plano de igualdad para procurar un bien y/o servicio público (desde el desarrollo de vacunas para futuros virus desconocidos, hasta, por ejemplo, nuevos softwares para prevenir el fraude fiscal, o la compra de sofisticados robots para que ejecuten operaciones quirúrgicas —bajo la supervisión, aún, de los cirujanos humanos—), ganaran, sin duda, terreno. Y, ante esta tendencia, la atracción de socios privados punteros y fiables, exigirá que éstos perciban que pueden operar en un verdadero plano de igualdad con la Administración, siendo de nuevo fundamental proveerles de sistemas de resolución de disputas rápidos, eficientes y fiables, y en los que la Administración no goce de determinadas prerrogativas por el mero hecho de serlo.
  - También empuja en la misma dirección el fin de la era de la inflación plana y los tipos de interés negativos. El incremento de tipos va a encarecer la colocación de deuda para financiar la provisión de bienes y servicios para las Administraciones públicas, lo que forzará que las Administraciones deban acudir, cada vez con mayor frecuencia, a operaciones «fuera de balance» o a asociaciones público-privadas para poder financiar los bienes y servicios que precise, la ejecución de infraestructuras, etcétera. De nuevo, nos encontramos aquí con el socio privado, que se verá desincentivado a tomar riesgos si no cuenta con un sistema eficiente y rápido de resolución de controversias, y si no percibe que contrata con el sector público «de igual a igual».
- III. Con frecuencia, las controversias que se plantean en el ámbito de la ejecución de los contratos públicos albergan una naturaleza eminentemente (o, incluso, exclusivamente), técnica (por ejemplo, la causa de los retrasos en la ejecución de una obra, o el surgimiento de sobrecostes, o también, en otros ámbitos, por ejemplo, la aptitud de un algoritmo para la satisfacción de una determinada necesidad pública de información, o de una vacuna para neutralizar los efectos de un virus desconocido). Tiene poco o ningún sentido tener que iniciar un largo periplo, primero en

vía administrativa y luego en sede jurisdiccional, para dar solución a tales disputas. Tanto el arbitraje, como otros métodos alternativos de resolución de controversias (como la institución anglosajona de la adjudication (11) ), ofrecen soluciones más eficientes, flexibles, y que supondrían el ahorro de gasto público absolutamente prescindible, y la provisión de una solución definitiva al conflicto con una considerable mayor celeridad.

Las apuntadas anteriormente son algunas razones, que trato de aportar, tanto desde mi experiencia profesional como atendiendo al actual contexto socioeconómico, por las que a mi entender, el avance del arbitraje como método de resolución de controversias de naturaleza pública es andar hacia la dirección correcta (o, dicho de otra forma, en la dirección que nos impone la inercia internacional de nuestros tiempos).

A ello, cabe añadir que la calificación del arbitraje como un «equivalente jurisdiccional» (parafraseando a nuestro Tribunal Constitucional), no puede serlo para tan solo una jurisdicción determinada (la civil), excluyéndose respecto de las otras jurisdicciones (como la contencioso-administrativa), tal equivalencia. Potencialmente, el arbitraje de Derecho Público, puede, y a mi modesto juicio, no solo a la fase de ejecución de los contratos públicos, sino, en general, a todas aquellas disputas derivadas de la actividad administrativa que no vengan revestidas de *ius imperium* (por poner algunos ejemplos, la responsabilidad patrimonial, actos de gestión urbanística, o los negocios jurídicos de la Administración de naturaleza patrimonial).

Tampoco es óbice, ni excusa válida, para retrasar o evitar esta tan necesaria expansión del arbitraje en lo público, el principio constitucional del sometimiento de la Administración a la legalidad, puesto que, como ya se ha señalado acertadamente por determinada doctrina, el control de su aplicación por los Tribunales (*ex art.* 106 CE), quedaría en todo caso salvaguardado con la posibilidad del ejercicio de la correspondiente acción de nulidad (12) ).

(1) *Vid.* Observatorio de contratación pública en [<https://www.obcp.es/que-es-el-obcp>].

Ver Texto

(2) Acerca de la evolución y expansión del sector público en España en la década 2011-2021, ver [<https://www.mptfp.gob.es/portal/prensa/actualidad/noticias/2021/06/20210630.html>].

Ver Texto

(3) Al respecto, véase el Decreto de la República del Perú 1071 / 2008, y el Decreto Legislativo 1017 de 2012, por el que se regula la Ley de Contrataciones de Estado (art. 52).

Ver Texto

(4) *Vid.* Ley n.º. 195, de 15 de noviembre de 2011, por la que se modificó el redactado del artículo 12 del Código de Proceso Amministrativo, admitiendo explícitamente el arbitraje como método de resolución

de controversias en determinados ámbitos del Derecho Administrativo.

Ver Texto

- (5) *Vid.* art. 180 del Código dos Processos nos Tribunais Administrativos (Lei 15/12002, de 22 de febrero).

Ver Texto

- (6) RDL 3/2020, de 4 de febrero:

«Art 123. *Arbitraje*. 1. Las entidades contratantes podrán remitir a un arbitraje en derecho, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, independientemente de la cuantía de los mismos.

2. Los pliegos de condiciones determinarán la composición del órgano colegiado al que se remita la resolución de la controversia, garantizando que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.

3. Cuando el pliego no señale la composición del órgano arbitral, y no exista acuerdo sobre la misma entre la entidad contratante y el contratista, la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación a que se refiere el art. 119.»

Ver Texto

- (7) Me permito apuntar aquí, la urgencia de sentar criterios uniformes, acerca de lo que debe interpretarse por la concurrencia de una «conexión directa» entre distintos actos administrativos a los efectos de su acumulación (*ex art.* 34.2º Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Ver Texto

- (8) En el Informe explicativo y propuesta de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicado por el Ministerio de Justicia en 2013 ([<[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803259-Informe\\_explicativo\\_y\\_propuesta\\_de\\_anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_eficiencia\\_de\\_la\\_Jurisdiccion\\_Contencioso.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803259-Informe_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF)>]), se admitía ya sin tapujos el colapso de la Jurisdicción y la necesidad de tomar medidas urgentes para descargarla.

Ver Texto

- (9) Art. 29.2º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho».

Ver Texto

- (10)

Las Asociaciones Público-Privadas (Public Private Partnerships, en inglés), son definidas por la OCDE como «*long term agreements between the government and a private partner whereby the private partner delivers and funds public services using a capital asset, sharing the associated risks. PPPs may deliver public services both with regards to infrastructure assets (such as bridges, roads) and social assets (such as hospitals, utilities, prisons)*». Vid.. «*OECD Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*», document disponible en [<https://www.oecd.org/gov/budgeting/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm>].

Ver Texto

<sup>(11)</sup> La llamada *adjudication* es un método alternativo de resolución de controversias, muy extendido en el mundo anglosajón para la resolución de disputas surgidas en el ámbito de los contratos de obra y/o construcción de naturaleza eminentemente técnica, consistiendo en una suerte de arbitraje *fast-track*, en el que la resolución de la controversia se somete a un técnico competente por razón de la materia (normalmente, in ingeniero o un arquitecto). Una rápida aproximación a esta figura puede encontrarse en [[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-381-7429?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-381-7429?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)].

Ver Texto

<sup>(12)</sup> M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho administrativo*, Editorial Aranzadi, 2011, p. 40.

Ver Texto





## Los acuerdos extrajudiciales en las reclamaciones privadas de daños por infracción de las normas de la libre competencia (El tercer pilar)

### Consensual Dispute Resolution in private antitrust damages claims (The Third Pillar)

Los arts. 18 y 19 de la Directiva de Daños 2014 recogen, en desarrollo de lo dispuesto en los considerandos 5 y 48 de la misma, la posibilidad de resolver las cuestiones relativas a la reclamación de daños por los particulares afectados por la infracción de las normas de defensa de la competencia, a través de Acuerdos Extrajudiciales o *Consensual Dispute Resolution*. Entre ellos no solo caben procesos de arbitraje o mediación sino cualquier otro posible que permita resolver dichas cuestiones al margen de los tribunales y tanto se haya iniciado o no la acción por ante los mismos. Esto plantea el ya antiguo problema de la posibilidad de aplicación del derecho de la competencia (como normas de orden público en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en esos procedimientos, expedientes o negociaciones alternativos y los efectos transnacionales que de ello se pueden derivar. El presente trabajo analiza dichos aspectos adaptado a nuestra normativa nacional concluyendo la existencia de problemas no resueltos que han de serlo en los próximos años en su aplicación práctica.

Acuerdos extrajudiciales — competencia — antitrust — Directiva de daños — conciliación — compromisos — arbitraje.

Articles 18 and 19 of the Damages Directive 2014 include, in development of the provisions of recitals 5 and 48 of the same, the possibility of resolving issues relating to claims for damages by individuals affected by the infringement of antitrust rules, through out-of-court settlements or Consensual Dispute Resolution. These include not only arbitration or mediation processes, but also any other possible process that allows these issues to be resolved outside the courts, whether or not the action has been brought before them. This raises the long-standing problem of the possibility of applying competition law (as public policy rules in the Treaty on the Functioning of the European Union) in these alternative procedures, proceedings or negotiations and the transnational effects that can be obtained from this. This paper analyses these aspects adapted to our national legislation, concluding that there are unresolved problems that will have to be resolved in the coming years in their practical application.

Consensual Dispute Resolution — competition — antitrust — settlements — Damages Directive — commitments — arbitration.



## Enrique Sanjuán y Muñoz

*Magistrado especialista mercantil por el CGPJ. Profesor de Derecho mercantil de la Universidad de Málaga.*

*«Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios ("acciones por daños") constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento» [Apartado 5 Exposición de Motivos de la Directiva UE 2014/104. Directiva de Daños.]*

## I. LA POSIBILIDAD DE SOLUCIONES ALTERNATIVAS EN RECLAMACIONES PRIVADAS EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Tal y como afirma un estudio al efecto (1), durante mucho tiempo se consideró imposible arbitrar el derecho de la competencia precisamente por sus notas características (2) o por la preocupación de que con ello se eludieran las normas de la libre competencia (3). Tendremos que esperar a que los tribunales se pronunciaran sobre ello para que la cuestión cambiara. Hoy lo tenemos ya previsto en la Directiva UE 2014/104 (4), en la Guía práctica de la CE sobre la cuantificación del daño en las acciones por daños y perjuicios (5) y en la normativa armonizada de todos los países europeos que ya lo han implantado. En ese sentido la citada Guía vendrá a delimitar las tres esferas que pueden ser importantes en este sentido: afirmando, por un lado, que la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales nacionales suele determinarse por el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que en la actualidad lo es al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entró en vigor en su mayor parte el 10 de enero de 2015. Por otro que la legislación sustantiva aplicable en un asunto dado a menudo estará determinada por los Reglamentos de la Unión Europea, y en particular, el art. 6 del Reglamento (CE) n.º 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En ese sentido las normas de procedimiento aplicables serán generalmente las vigentes en el país del órgano jurisdiccional que conociere del asunto (*lex fori*). Y finalmente que las acciones de daños y perjuicios pueden también ser dirimidas por tribunales arbitrales y por órganos jurisdiccionales de Estados no pertenecientes a la UE.

Debemos aludir, necesariamente, a una de las primeras decisiones en la materia y que fue la del Asunto *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.* dada por el Tribunal Supremo de EE UU en 1985 (6). En ella se reconoció por primera vez que una reclamación federal antimonopolio de EE UU era arbitrable en asuntos internacionales. Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (TJUE) reconocería la arbitrabilidad del derecho de la competencia primero en 1994 (7) (que analizaremos posteriormente en cuanto al Derecho aplicable) y posteriormente en 1999 en el caso *Eco Swiss* (8) . En esta se plantearon en el marco de un recurso interpuesto por Benetton International NV con objeto de obtener la suspensión de la ejecución de un laudo arbitral que la había condenado a pagar a *Eco Swiss China Time Ltd.* una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución ilegal de un contrato de licencia celebrado con esta última, alegando que dicho laudo era contrario al orden público en el sentido de la letra e) del apartado 1 del art. 1065 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (« Ley de Enjuiciamiento Civil») habida cuenta de la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del art. 81 CE (hoy 101 TFUE). Desde ahí el TJUE vino a dar validez a dicho arbitraje si bien se debe tener en cuenta que el mismo es recurrible ante los Tribunales (aunque por razones excepcionales) y es ahí y en el control de orden público donde estos últimos deben intervenir, planteando cuestiones prejudiciales incluso (dado que el árbitro no es reconocido como legitimado) con carácter previo y considerando que la normativa de competencia es normativa de orden público. En este sentido afirmará:

*«De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del art. 81 CE.»*

En aplicación de prácticas restrictivas que infringían los acuerdos verticales y las exenciones por categorías, las Resoluciones de *Audi vs. Skandinavish 2006* (9) , *Brünsteiner Authohaus Hilger vs. BMW también de 2006* (10) o la de 2007 en el Asunto *Peter Petschenig, Toyota Frey Austria* (11) , se referían indistintamente a una solución por ante los tribunales o bien por órganos arbitrales. Y de la misma forma se ha reconocido en diferentes resoluciones de la ICC (Cámara de Comercio Internacional (12) ) de la que puede ser ejemplo el Asunto ICC nº16974/FM/GZ, según el cual un tribunal arbitral puede resolver controversias entre partes privadas en el contexto de las obligaciones y compromisos derivados de los Commitments o Compromisos [es decir, los términos y condiciones del acuerdo de aplicación o la falta de concluir el mismo]» (párrafo 217).

Ya en nuestro ordenamiento, en el asunto resuelto la AP de Madrid (Camimalaga en 2013 (13) ), el planteamiento partía de una relación comercial de un contrato de distribución que había sido resuelto unilateralmente por el proveedor. En reacción a ello la demandada presenta una *standalone* con reclamación de daños por ante los Juzgados de Madrid que es rechazada en primera y segunda instancia, considerando que se trata de materia arbitrable e incluso, cita la Audiencia, posible también en mediación. Para ello se ampara en que los acuerdos de sumisión a arbitraje de carácter internacional son perfectamente lícitos, tiene su cobertura legal en el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (que es para España de aplicación universal, es decir, incluso frente a Estados no contratantes) y en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran, afirmará, que de dichas normas se deriva, pues lo contrario carecería de sentido, el reconocimiento de la eficacia y validez del acuerdo arbitral que opera como presupuesto de reconocimiento y ejecución de la resolución arbitral (14) .

En el estudio realizado al efecto en el mercado del Reino Unido (15) entre los años 2000 y 2005, se han venido a confirmar 45 conciliaciones (*settlements*) de las que, sin embargo, no existe noticia externa alguna por no provenir de un Tribunal de Justicia. Y ello, evidentemente, impide tomar conciencia del volumen que se puede llegar a alcanzar o que incluso ya se está alcanzando. En otro realizado en los Estados Unidos entre los años 1998 a 2005 (16) los acuerdos se situaron en 40 asuntos de los que la mitad lo eran por acciones singulares o *standalone* (17).

No obstante la situación es evidentemente más compleja de lo que una simple norma pudiera establecer, como veremos, para favorecer la solución alternativa de litigios, algo que algún autor (18) ha contemplado incluso desde la posición de interpretar el art. 18 de la Directiva de Daños no en igualdad de instrumentos (mediación/negociación/intervención neutral por un lado y arbitraje y litigio por otro) sino en entender que lo que se pide es que arbitraje y litigio queden como subsidiarios en ese intento de solventar el conflicto de reclamación de daños y puedan ser utilizados solo si no se logra un previo acuerdo entre las partes que evite dichos procedimientos, algo que esencialmente se obtiene precisamente por la evitación de costes, la celeridad y la incertidumbre del resultado de un juicio (19). Y más allá de eso la posibilidad de un planteamiento colectivo que es defendido sobre la base de considerar que la ADR colectiva se recoge expresamente en la Directiva de Daños en diversos considerandos. Así en el considerando 5 ya anuncia que el litigio es sólo una faceta de la ejecución privada junto a las «vías alternativas» en plural que también podemos ver más concretamente en el considerando 48 al referirse a que es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados y que

*«se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita (20)».*

## II. SUPUESTOS PREVIOS A LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONADORA DE CONDUCTAS CONTRARIAS A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una de las ramas más constantes de trabajo de las agencias de la competencia (21) viene siendo la necesidad de buscar soluciones rápidas y eficientes (22) que motiven acuerdos, transacciones o beneficios por confesión o denuncia (programas de clemencia) que eviten procedimientos largos e incertidumbres sobre su propia actuación que cuestionen la misma o que obliguen a destinar recursos para ello y por tanto limitaciones a su propia función de investigación en otros supuestos. Hablamos entonces de un sistema general de trabajo que pone en juego herramientas que incentivan una respuesta rápida de las autoridades administrativas de competencia, tanto desde un régimen de autocomposición como de cualquier sistema alternativo o paralelo de heterocomposición al margen del propio procedimiento judicial (23). No se trata simplemente de allanarse o conformarse con la resolución administrativa y con ello terminar el procedimiento

sancionador afectando exclusivamente a quien no se opone por reconocer que es infractor, sino de la afectación a que ello da lugar respecto de la responsabilidad que por la misma conducta tengan o puedan tener otros y que vendrá limitada, afectada o modulada simplemente porque existe ese acuerdo extrajudicial entre los primeros o se ha producido una aceptación previa de responsabilidad también con los mismos efectos.

Esta actuación previa extrajudicial (administrativa o no) tiene sin duda efectos importantes respecto de las posibles reclamaciones privadas de daños (24), que puedan resultar de la conducta competitiva de que se trate en donde haya intervenido, de una u otra forma, la empresa (*undertaking* (25)) infractora y modula, por ello, también las posibles reclamaciones o actuaciones previas posibles que pudieran plantearse por los afectados por dichas prácticas anticompetitivas. De otra forma dicho, la regulación administrativa que incentiva esos acuerdos extrajudiciales, transacciones o programas previos y da por zanjada la cuestión sobre la culpabilidad y la sanción derivada de una conducta contraria a la libertad de mercado, incidirá necesariamente en la posibilidad de compensación privada del daño a quien resulte por ello afectado y limitará la posibilidad de recuperación completa de esa afectación. Y si bien con ello lo que se persigue es mayor eficacia en la actuación de las agencias de competencia, la moneda con la que se intercambia ello es, entre otras, el perjuicio limitado que se recupera por parte de los afectados.

La comisión de conductas contrarias a la competencia supone en sí misma una afectación al mercado que no siempre es resuelta con una correspondiente sanción cuando dicha conducta es descubierta por las autoridades. Más allá de ello ese daño puede trasladarse también a los particulares y por ello estos podrán reclamar a los infractores su responsabilidad solidaria. La afectación del mercado dará lugar en la mayor parte de las ocasiones a la pérdida de eficiencia en el mismo de forma irrecuperable y producirá externalidades negativas (26) que serán difíciles de reparar incluso en la suma de una sanción administrativa derivada de dicha conducta y la reclamación que la totalidad de los afectados pudieran hacer de los daños que se les han producido. Si a ello le sumamos el hecho de que se introducen en la regulación aplicable este tipo de instituciones que pretenden modular por un lado procedimientos (de arreglos amistosos o claudicantes) cuyo objetivo es evitar litigios futuros, o que por otro lado y tras su utilización, acuerdo o transacción (acuerdos extrajudiciales o programas de clemencia fundamentalmente), afectarán o limitarán la posibilidad de reclamar hasta un límite o respecto de determinados infractores por parte de los afectados privados, entonces quizás lo que tengamos es una herramienta con características nuevas, más allá, procedimentalmente hablando, de un arbitraje o una mediación, diferente de una transacción, allanamiento o del resultado vinculante de los supuestos anteriores entre los afectados (27).

Al objeto de centrar el tema de debate debemos partir inicialmente de la distinción de instrumentos a los que nos estamos refiriendo, la normativa aplicable y los efectos a que dan lugar una vez que estos se producen entre las partes afectadas. Finalmente veremos como todo ese proceso dará lugar también a la afectación de las posibles reclamaciones de terceros que no han intervenido inicialmente en esas conductas aceptadas y que la normativa viene a recoger bajo el título de «*soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños*» refiriéndose exclusivamente

a sus efectos.

En los siguientes apartados distinguiremos por tanto cuál es el concepto de pleno resarcimiento que la normativa establece y el régimen de responsabilidad que se prevé. A partir de ahí y dentro de los diferentes instrumentos que nos permiten solventar la cuestión de la infracción antes de la resolución administrativa final del procedimiento y sin que haya lugar, en relación con dichos acuerdos, un procedimiento judicial posterior, centraremos el objeto de estudio en la eficacia de esos acuerdos extrajudiciales en relación al procedimiento de reclamación privada de daños que se pudiera plantear. Finalmente concluiremos realizando un análisis de la discutida eficacia de dicho sistema.

### III. EL PLENO RESARCIMIENTO COMO ELEMENTO DE VALORACIÓN PREVIA Y LOS RESPONSABLES DE LA CONDUCTA. UN NUEVO DERECHO DE DAÑOS

Para poder analizar el régimen de afectación de esos instrumentos que hemos señalado, es necesario acudir a la teoría del pleno resarcimiento y la responsabilidad solidaria por la conducta anticompetitiva frente a la reclamación privada de daños. Así el art. 1 de la Directiva de Daños afirma que en ella se recogen determinadas normas que son necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. Ello significa (con el art. 3 de la misma) que el pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia lo que, evidentemente, será siempre por mera aproximación dado que el marco en el que trabajamos es un análisis contrafactual hipotético. En consecuencia, dicho resarcimiento deberá abarcar el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses (28) tal y como ya se extrae inicialmente del Asunto *Manfredi* en 2006 (29) y se repite igualmente en el Asunto *Chemie* de 2009 del TJUE (30). En virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.

Por otro lado, y tal y como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE (31)) refiriéndose a la responsabilidad de los infractores en el Asunto *Sumal*, al hablar de infractor debemos tener en cuenta que «...el concepto de "empresa" y, a través de este, el de "unidad económica", conllevan el pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción (32).» Esa responsabilidad solidaria afectará igualmente al régimen de prescripción del ejercicio de dicha acción y conllevará, de igual manera, la posibilidad de repetición por quien haya pagado más respecto del resto de los infractores.

El art. 11 de la Directiva de daños recogerá la regla general y las excepciones. Los Estados miembros deben velar, conforme al mismo, por qué las empresas que hayan infringido el Derecho de la

competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables (33) por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada. De ello solo se excepcionan, en cuanto al pleno régimen aplicable, las pequeñas y medianas empresas y los solicitantes de clemencia; en cualquier otro caso es necesario contemplar que todo infractor podrá recuperar de cualquier otro infractor la contribución que a cada uno corresponda y cuyo importe se fijará en función de su propia responsabilidad relativa (34) por el perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.

Definitivamente, como afirma algún autor (35), *«[en] este contexto se comprende mejor cómo el régimen de responsabilidad civil en materia de Derecho de la Competencia, tal y como queda configurado por la Directiva 2014/104/UE y la jurisprudencia del TJUE, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria (36), y al de la prescripción, constituye un verdadero y nuevo "Derecho de Daños especial", que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un nada desdeñable efecto disuasorio-no punitivo, pero sí disuasorio»*. Y sigue diciendo que *«Este nuevo Derecho especial de daños configura de manera autónoma los conceptos de legitimación, tanto activa como pasiva —donde presenta un planteamiento absolutamente novedoso—; diluye muchísimo las categorías de imputabilidad, en especial la relación de causalidad; moderniza determinadas reglas de la prescripción; y prevé reglas específicas respecto de la prueba del daño y su cuantificación.»* Y es consecuencia de esa naturaleza especial (37) que por ello se hayan determinado efectos particulares en diferentes supuestos que no obedecen al régimen general de responsabilidad, con finalidades y objetivos distintos pero buscando siempre una realidad también distinta que debe ser regulada por la afectación concreta que se produce.

---

Existen diferentes instrumentos que nos llevarán, al final, a tratar los acuerdos extrajudiciales y los efectos que estos producen en el ámbito del derecho de la competencia cuando la cuestión ha sido procedimentalizada bien administrativa o bien judicialmente

---

Para entenderlo puede ser interesante acudir a la teoría económica del derecho de la competencia que se centra de diferentes formas en el mercado. Así la escuela estructuralista (con surgimiento en EE UU y en donde encontramos alguna resolución de los Tribunales federales de los años sesenta (38)) que especialmente incidió en el tema de las concentraciones de empresas partiendo de la estructura del mercado, la conducta observable en el mismo y el rendimiento derivado de las operaciones de concentración (39). Se trata por lo tanto, según esa teoría, de conductas que atentarían contra el mercado en tanto en cuanto afectaran al rendimiento del mismo por modificar su estructura y por cuanto esté más o menos concentrado en cuanto a las empresas que operan. El daño producido al usuario o consumidor lo será precisamente porque afecta a los precios y costes de los productos o servicios haciéndolos, por la mayor concentración, más caros para los usuarios. En

los años cincuenta surgirá, no obstante, la llamada Escuela de Chicago (40) que centrará sus estudios en el bienestar del consumidor y en la teoría del precio buscando la asignación eficiente de recursos y por lo tanto considerando que cuando esto no se produce y se empeora el bienestar del consumidor entonces el daño causado deberá ser compensado. Frente a la sola protección de la asignación eficiente de recursos la Escuela de Harvard (41) postularía posteriormente la protección de los negocios; puede ser que sea en ella en donde surja inicialmente la teoría de la presunción del daño en los cárteles y se empieza a modular un régimen distinto del daño que luego sería matizado en cuanto a la cuantificación, pero que en dicha escuela se confundía en uno solo. Aunque también podríamos citar la Escuela Neo-Chicago (42) y las teorías conductivistas (43) para analizar esa evolución la última de ellas puede ser la denominada teoría del movimiento Hípster Antitrust (44) caracterizada por el rechazo de la norma establecida de bienestar del consumidor como un desarrollo «innovador» y que pretende volver a plantear décadas de legislación antimonopolio y volver al régimen del rendimiento de la escuela estructuralista. Desde todas esas escuelas por lo tanto el derecho de daños que puede construirse parte de la afectación del mercado y los consumidores, según las tendencias, y por ello considerando que cualquier conducta afectará al mercado y este afectará a cadena arriba o abajo del mercado lesionando posiblemente a proveedores o compradores directos o indirectos e incluso a terceros que nada tengan que ver con quienes son los infractores pero que resultarían lesionados precisamente por la extracontractualidad de la conducta (45). Que ello sea así, por tanto, conllevará la necesidad de proteger no solo el mercado en sí mismo y adecuarlo para que vuelva a ser competitivo (y evidentemente desincentivar a quienes pretendan realizar esas conductas) sino de reparar el daño causado al cual deben responder todos los infractores que por ello actúan bien en una conducta unilateral por abuso de posición de dominio o bien en una conducta uniforme como una sola empresa (*undertaking*) cuando se trata de acciones cartelizadas. Pero como es evidente que esa responsabilidad obedece a un daño que se relaciona (causa) con una conducta y que aquel debe ser cuantificado, el problema de la distribución de dicha responsabilidad y la prueba de ese daño y su cuantificación son elementos trascendentales en este nuevo derecho de daños que para facilitar la reparación y disuadir (46) de la conducta tiene particularidades que se centran en considerar la posibilidad de una reparación temprana o la asunción de dicha responsabilidad voluntaria, como elemento favorecedor a modo de eximente o atenuante.

#### IV. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES Y OTROS INSTRUMENTOS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA

A lo largo de los anteriores apartados hemos ido construyendo la teoría del daño en competencia tal y como se ha venido a concebir desde la Directiva de Daños y posicionada en diferentes escuelas. Y con ello hemos hecho referencia a los diferentes instrumentos que nos llevarán, al final, a tratar los acuerdos extrajudiciales y los efectos que estos producen en el ámbito del derecho de la competencia cuando la cuestión ha sido procedimentalizada bien administrativa o bien judicialmente. No solo son estos sino otro tipo de instituciones las que han venido a modular, matizar o limitar el régimen de responsabilidad que hemos ido avanzando y que se sitúan en el ámbito de lo extrajudicial pues aunque no todos ellos pueden considerarse propiamente modelos alternativos sí que son soluciones previas que se conciben desde lo volitivo aunque pendiente de su aceptación por quien tiene la competencia (47).



En todo ese conjunto de instrumentos que buscan una mayor eficiencia para la protección del mercado nos encontramos con instituciones incluidas dentro del procedimiento administrativo sancionador (*settlements*, programas de clemencia, compromisos) que parten de la voluntad del infractor pero que dependen de la decisión de la administración. Todos ellos tendrán un concreto impacto en el posterior procedimiento de reclamación de daños que se pueda realizar desde lo privado a los infractores, pero se sitúan en un momento previo a esa reclamación, mientras que los acuerdos extrajudiciales se dirigen directamente a la negociación sobre la responsabilidad y la cuantía de los daños causados con un impacto propio y hacia terceros que no hayan intervenido. Analizamos los referidos de forma breve.

## 1. Programas de clemencia

Los programas de clemencia se dibujan dentro del marco de un procedimiento administrativo que tendrá que esperar al final para conocer si realmente se ha estimado o no una petición de exoneración. La Ley 15/2007 de defensa de la competencia ya recogía en su exposición de motivos que la nueva regulación que sustituiría a la anterior de 1989, introduce un procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora y no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido. Igualmente, el importe de la multa podrá reducirse para aquellas empresas que colaboren, pero no reúnan los requisitos para la exención total. La Disposición Adicional 4.3 (II) la define de la siguiente forma:

*«todo programa relativo a la aplicación del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma;»*

Debemos tener en cuenta que partimos de una fase previa administrativa en donde las agencias tienen una capacidad de investigación pero que la complejidad de las conductas conlleva que a su vez la dificultad de descubrimiento sea importante. En materia de cárteles la situación resulta especialmente atractiva para dicha denuncia pues quien primero lo haga podrá salir beneficiado y ello incluso aunque se hubiera estado beneficiando durante la mayor parte del tiempo de la conducta colusoria. Conforme al art. 73 *in fine* LDC, el importe de la contribución a la responsabilidad por el daño causado a los privados, del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Es decir se establece un

doble límite: 1. Por un lado el máximo será el daño ocasionado a sus compradores o proveedores directos o indirectos (48) . Y 2. La posible reclamación de otros infractores al beneficiado de clemencia se determina por el principio de responsabilidad relativa (49) .

La posibilidad de encontrar esta solución parte de una

*«declaración en el marco de un programa de clemencia» entendida como «... toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente» (DA 4ª 3. III).*

Cuando ello se produce lo que se encuentra es esa limitación anterior que debe responder a un procedimiento previo para su resolución (50) y que responderá a un orden de aportación de información y documentación que incluso puede ser reservado con un indicador al efecto (51) .

La solución no es necesariamente aceptada sino que podemos distinguir tres posibilidades (52) : Cuando la autoridad de competencia llegue a la conclusión preliminar de que los elementos de prueba presentados por una empresa aportan un valor añadido significativo y de que la empresa ha cumplido las condiciones legales previstas, informará por escrito a la empresa, a más tardar en la fecha de notificación del pliego de cargos, de su intención de aplicar una reducción del importe de la multa dentro de los márgenes fijados. Del mismo modo, dentro del mismo plazo, informará a la empresa por escrito si llega a la conclusión preliminar de que la empresa no reúne los requisitos para obtener una reducción de la multa. En cualquier caso se podrá desestimar toda solicitud de reducción de multas por haberse presentado después de la expedición del pliego de cargos precisamente porque en sí conlleva que conocido el mismo la petición pueda ser simplemente para buscar una mejor solución. Al término del procedimiento administrativo, la agencia evaluará en su decisión la posición final de cada una de las empresas que hayan solicitado una reducción de la multa y determinará todo ello y la exención total o parcial o desestimar la pretensión.

Visto así por lo tanto un programa de clemencia afectará necesariamente a cualquier reclamación que se pretenda hacer por parte de otros interesados y su impacto en esos otros procedimientos conlleva que esa incidencia perjudique a quienes reclaman de la misma forma que si se tratara de cosa juzgada o de acuerdo previo, pero con el matiz —en este segundo supuesto— de que el demandante no ha intervenido en aquella petición, de la que ni incluso se le ha dado traslado (e incluso se le limitará la información sobre la misma), pero que le afectará limitándole su posibilidad de reclamación dependiendo de los resultados que hemos descrito.

## 2. Settlements

Recogemos una buena definición de algunos autores (53) que lo definen de la siguiente forma: *«El Settlement (por su denominación en inglés) es una forma de terminación convencional de expedientes*

sancionadores por una infracción de cártel en materia de defensa de la competencia que se plantea como una alternativa a la tramitación contradictoria que constituye el procedimiento ordinario. En este procedimiento, se ofrece a las partes la posibilidad de optar por reconocer su participación y su responsabilidad en un cártel y, a cambio, beneficiarse de una reducción de la multa. (54) » Del trabajo de los mismos autores podemos recoger que son elementos esenciales para ello (1) el carácter reservado de dichas negociaciones (2) que las partes afectadas confirmen la existencia de un ilícito anticompetitivo y su participación en él y cesen la conducta y (3) el dialogo confidencial entre esas partes y la agencia (55) . La idea es esencialmente buscar una solución previa y voluntaria (56) , a la que se denomina a veces transacción por la literalidad de la traducción (57) , desde un proceso de negociación, que la Comisión Europea niega como concepto, con la autoridad de la competencia.

---

El programa de clemencia es en sí una herramienta de investigación que tiene como objetivo esencial el descubrimiento de casos de cártel y recopilar

---

El programa de clemencia (58) es en sí una herramienta de investigación que tiene como objetivo esencial el descubrimiento de casos de cártel y recopilar. La «Comunicación de clemencia» recompensa a las empresas que revelan voluntariamente la existencia de un cártel y aportan pruebas para demostrar la infracción. La reducción de la multa varía mucho en función del momento y del importante valor añadido de la información y las pruebas aportadas. En cambio, el settlement tiene por objeto simplificar y agilizar el procedimiento que conduce a la adopción de una decisión formal, permitiendo así un ahorro de procedimiento y la redistribución interna de los recursos. La «Comunicación sobre acuerdos» premia (recompensa) las contribuciones concretas a la eficiencia procesal y todas las partes que lleguen a un acuerdo en el mismo caso recibirán reducciones equivalentes de la multa (10%), porque su contribución al ahorro procesal será equivalente (59) .

### 3. Compromisos (*commitments*)

Otra de las vías de terminación y afectación posterior es el hecho de los compromisos con la administración competente. En este caso nos situamos en el art. 52 LDC en donde se afirma que se podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento. Esto ha sido modulado por la STS de 5 de octubre de 2015 (Roj: STS 4126/2015) cuando afirma lo siguiente:

*«En efecto, consideramos que el pronunciamiento de la Sala de instancia se fundamenta en una interpretación convincente y razonable del artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que "el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento*

*sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público", en relación con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 febrero, y en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues no estimamos que la Ley de Defensa de la Competencia ni la Ley procedimental administrativa confieran a la persona afectada por un expediente sancionador un derecho subjetivo de carácter procedimental—inscrito en el deber de buena administración—, que obligue a la Administración a promover la terminación convencional del procedimiento por el sólo hecho de solicitarlo, y, singularmente, a la terminación del procedimiento sancionador, ya que, según se infiere de las disposiciones legales y reglamentarias analizadas, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia—en el ejercicio de su función de propuesta, respecto de la procedencia de iniciar los trámites tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador, y la propia Comisión Nacional de la Competencia, como órgano resolutor de este incidente procedimental—, deben ponderar los intereses públicos concurrentes, valorando la gravedad de la conducta infractora y la capacidad de los compromisos presentados por el presunto infractor para solventar los efectos lesivos sobre la libre competencia que se hayan producido, en la medida en que otra interpretación de las citadas disposiciones comportaría dejar al arbitrio de los presuntos infractores la decisión sobre cuando la Administración Pública debe ejercer la potestad sancionadora (6o) ».*

#### 4. Acuerdos extrajudiciales (Consensual Dispute Resolution)

##### A) Introducción

Y es finalmente dentro de todos estos instrumentos de conclusión que la reciente reforma sobre la incorporación de la Directiva de daños introduce, entre los diferentes apartados, el art. 77 LDC, que a su vez viene del art. 19 de la Directiva de Daños que lo titula «Efecto de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños» y que configura un régimen en donde se proyectan a futuro los posibles acuerdos tomados por los diferentes infractores y algunos de los afectados con la intención, confesada, de fomentar los acuerdos extrajudiciales como razón de ser de dicha regulación. Los apartados 51 y 52 de la exposición de motivos de dicha Directiva de daños los refiere y explica de modo muy concreto:

*Con objeto de fomentar los acuerdos extrajudiciales, el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus coinfractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial. Ello podría suceder en caso de que un infractor que participa en una solución extrajudicial, incluso tras llegar a un acuerdo, siguiese siendo conjunta y solidariamente responsable de resarcir el perjuicio ocasionado por la infracción. Por tanto, un infractor que es parte en un acuerdo extrajudicial no debe contribuir en principio a sus coinfractores no participantes en dicho acuerdo cuando estos últimos hayan abonado una indemnización a la parte perjudicada con la que el primer infractor haya llegado previamente a un acuerdo extrajudicial. El corolario de esta norma de no contribución lo constituye que la pretensión de la parte perjudicada*

*debe ser reducida por la cuota del perjuicio que se le haya ocasionado correspondiente al infractor parte en el acuerdo extrajudicial, con independencia de que el importe del acuerdo sea igual o distinto a la cuota relativa del perjuicio que dicho infractor haya provocado a la parte perjudicada con quien se haya llegado al acuerdo. Esta cuota relativa debe calcularse de conformidad con las normas empleadas para calcular las contribuciones entre los infractores. Sin esa reducción, el infractor que no participa en la solución extrajudicial se vería indebidamente afectado por acuerdos en los que no ha participado. Sin embargo, para garantizar el derecho al pleno resarcimiento, el coinfractor parte en un acuerdo extrajudicial aún debe abonar daños y perjuicios cuando esa sea la única posibilidad de que la parte perjudicada obtenga resarcimiento por el resto de la reclamación. El resto de la reclamación consiste en la reclamación de la parte perjudicada con quien se ha llegado a un acuerdo extrajudicial una vez deducida la cuota del perjuicio que la infracción ha ocasionado a dicha parte perjudicada correspondiente al coinfractor parte en el acuerdo extrajudicial. Esta última posibilidad de exigir una indemnización a dicho infractor existe a menos que se excluya expresamente en los términos del acuerdo extrajudicial.*

*Se deben evitar las situaciones en que, al pagar una contribución a los coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial por las indemnizaciones que estos hubieran abonado a partes perjudicadas no participantes en dicho acuerdo, el importe total de la indemnización pagada por los coinfractores partes en tal acuerdo exceda de su responsabilidad relativa por el perjuicio ocasionado por la infracción. Por lo tanto, cuando se solicite a los coinfractores partes en un acuerdo extrajudicial que contribuyan a las indemnizaciones de daños y perjuicios abonadas posteriormente por coinfractores que no participan en el acuerdo extrajudicial a partes perjudicadas que tampoco participan en el acuerdo extrajudicial, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las indemnizaciones ya pagadas a través de la solución extrajudicial de controversias, teniendo en cuenta que no todos los coinfractores tienen necesariamente el mismo grado de implicación en todo el ámbito sustantivo, temporal y geográfico de la infracción.*

Y consecuencia de ello el articulado de nuestra norma, aunque con un matiz diferente en el título del precepto:

*Art. 77. Efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños.*

- 1. El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó.*
- 2. Los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante.*
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando los coinfractores que no hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial no pudieran pagar la indemnización restante, la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario.*

4. *Al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.*

Como hemos señalado el marco de trabajo en donde se mueve dicho precepto es el del fomento de los acuerdos extrajudiciales como solución de controversias. Esto es, conforme a los autores que se han dedicado al tema (61), bien en un marco de resolución institucional de conflictos como el arbitraje o la mediación, o simplemente a través de negociaciones y acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes interesadas. Incluso se ha venido a defender que frente a los complejos procedimientos de arbitraje la mediación sería uno de los instrumentos más adecuados en este tipo de reclamaciones (62), aunque quizás sea más interesante considerar, con el documento Gov-UK de 2012 (ap. 6.7, p. 41) que

*«Dado el abanico de opciones que abarcan las ADR, sería difícil imponer un tipo específico de ADR: la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral temprana pueden tener todos sus usos en diferentes casos y sería inapropiado prescribir uno de ellos para todos los casos. Además, un requisito obligatorio de participar en la ADR cuando una o ambas partes está decidida a llevar el asunto a los tribunales podría resultar una pérdida de tiempo y dinero. Esto es especialmente cierto en los procesos participativos, como la mediación, que se basan en la voluntad mutua de llegar a una resolución, pero también se aplica a cualquier forma de ADR, si una de las partes entra en el proceso decidida a no aceptar la sentencia.»*

Porque lo primero que debemos determinar es que la referencia a «acuerdos extrajudiciales» y su versión inglesa «*consensual dispute resolution*» implican mucho más que una referencia a un ADR («*alternative dispute resolution*») usada para cualquier supuesto de solución fuera de los tribunales para situarse en algo más amplio, con o sin intervención de una institución o persona ajena que participe en una concreta disputa (63). Y así es como el ap. 48 de la Directiva se refiere a ellos de forma amplia como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. O como hemos señalado más arriba con el documento Gov-UK-2012 (*supra* nota 47), la resolución alternativa de conflictos (ADR) abarca una serie de enfoques de mediación y conciliación diseñados para resolver los casos de manera favorable para todas las partes antes de que lleguen a un tribunal formal, o al menos antes de que el trabajo de dicho tribunal haya concluido, incluyendo la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral temprana y la conciliación.

### ***B) La utilización del arbitraje en estos supuestos***

Es evidente por lo tanto que una de las instituciones que se pueden utilizar en estos supuestos de reclamación privada de daños es el arbitraje. Sin embargo, debemos indicar que incluso en aquellos en donde el mismo no sea de derecho, sino que se utilice la equidad el derecho de la competencia debe ser tomado en consideración y tenido en cuenta bajo sanción de nulidad. Así se puede extraer de lo resuelto por el TJUE en el asunto *Almelo* (64), en donde se afirma que los Tribunales que

resuelvan un recurso frente a un laudo están obligados a resolver conforme al derecho de la Unión Europea y particularmente respecto del derecho de la competencia (65) :

*«Esta interpretación que dio el Tribunal de Justicia no resulta afectada por el hecho de que un órgano jurisdiccional, como el *Gerechtshof*, resuelva, en virtud del convenio arbitral celebrado entre las partes, en calidad de amigable componedor. En efecto, en virtud de los principios de primacía y de uniformidad de aplicación del Derecho comunitario, en relación con el art. 5 del Tratado, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya interpuesto, conforme a la legislación nacional, un recurso contra un laudo arbitral se encuentra obligado, aunque resuelva en equidad, a respetar las normas del Derecho comunitario, y en particular las normas sobre la competencia».*

Y esto se extendería, según algún autor (66) , a la aplicación de la normativa propia del Reglamento UE 1/2003 y los instrumentos que allí se recogen para asegurar la aplicación armonizada en todo el territorio de la Unión Europea (67) .

En dicha aplicación debemos distinguir los supuestos en donde existe una cláusula contractual de sometimiento a arbitraje y una de las partes de dicho contrato es la que infringe el derecho de la competencia (68) , de aquellos supuestos en donde tras ocurrir el hecho infractor las partes se someten a dicho arbitraje. En este último supuesto no habría problema alguno para entender, sin perjuicio de lo que añadiremos posteriormente, que el arbitraje es posible. En el primer supuesto la discusión se ha planteado en términos de interpretación de si esa cláusula puede ser previamente establecida para supuestos de competencia. Y ante ello se han pronunciado algunos tribunales en diferentes sentidos. Así determinados Tribunales Europeos (69) han venido a rechazar la posibilidad de su aplicación a los supuestos de competencia, mientras que otros (70) la han aceptado incluso basándose en que nada de ello se opone a la doctrina jurisprudencial europea. Así en el Asunto *Hydrogen Peroxide* de 2015 (71) se había planteado la cuestión de competencia respecto de contratos en donde se recogían cláusulas de atribución de competencia por un lado y cláusulas de arbitraje por otro. Aunque el Tribunal al resolver no se refiere a estas últimas (72) las da por incluidas en su análisis y determina dos conclusiones que debemos resaltar (aps. 70 y 71):

*«En efecto, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente. En cambio, ante una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal remitente, éste debería declinar su propia competencia, incluso cuando esa cláusula lleve a excluir las reglas de competencia especiales previstas en los artículos 5 y/o 6 del Reglamento n.º 44/2001».*

Es decir que la previsión concreta de ello conllevaría una atribución competencial o arbitral específica siempre que así se hubiera previsto expresamente para supuestos de competencia (73) .

La posterior discusión sobre ello se ha fomentado sobre la idea de si esta apreciación del derecho de la competencia en los procedimientos arbitrales cuando se someten al órgano jurisdiccional para su revisión por impugnación, pueden o deben ser apreciados de oficio o bien son las partes las que han de alegarlo (74). Y más allá de ello también podríamos plantearnos si el hecho de una posterior reclamación entre los coinfractores respecto de la cuantía que corresponde a alguno de ellos que ha pagado y que reclama la cuota de los demás, o incluso la reclamación judicial que pudiera plantearse posteriormente por no haberse respetado, entre los firmantes, dicha normativa de la competencia, pueden y deben ser tenidos en cuenta por los Tribunales tras la existencia de un laudo arbitral.

Y es desde ahí que el planteamiento viene a centrarse igualmente en la prueba y las fuentes de prueba y la necesidad de utilización de las normas, reglas, cargas y accesos a las mismas, partiendo de que se trata de una composición alternativa pero que puede estar construida solo desde una cláusula arbitral y bien con un desarrollo completo del arbitraje. Debemos tener en cuenta en este sentido las normas arbitrales a las que las partes se someten, más en estos asuntos en donde el abanico de competencias se esparce no solo en virtud de lo internacional de los asuntos sino incluso de lo transnacional de los efectos y la señalada asunción de competencia en virtud de ello. En nuestro Derecho nacional la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, recoge en su art. 8.2º la competencia para el auxilio en materia de prueba: «Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.» Esto conlleva ciertamente muchos puntos de discusión que parten, esencialmente de la competencia en relación con dicha prueba.

---

La actuación interna de los tribunales arbitrales debería adaptarse necesariamente a las limitaciones y particularidades que la Directiva y nuestra normativa nacional recoge al efecto bajo sanción de nulidad, en su caso, por contrariar el orden público si el laudo arbitral es objeto de una acción de anulación

---

Así en la normativa original de introducción de las competencias de los juzgados de lo mercantil, el apartado g del art. 86 ter 2 recogía como propia de los mismos «... *los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado.*» Sin embargo sería posteriormente eliminado por la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo de tal forma que en la actualidad el mismo no es competencia de los juzgados de lo mercantil y por tanto la posibilidad de practicar acceso a fuentes de prueba conforme a la normativa prevista en la Ley de Defensa de la Competencia cuando se trate de arbitraje solo podría justificarse en dicha norma, en el art. 283 bis d) de la Ley 1/2000 y en la competencia general para conocer de este tipo de asuntos (75) que se atribuyen a los juzgados de lo mercantil. Aunque la derogación normativa anteriormente referida sería un argumento de peso para negar que esa competencia siguiera en los juzgados de lo mercantil.



La posibilidad de obtención de pruebas tendrá como última instancia el Tribunal pero lo normal es que las partes se sitúen en el ámbito de las reglas internacionales si bien solo alguna de ellas contiene reglas de acceso a fuentes de prueba (*disclosure of evidence*) (76) . La actuación interna de los tribunales arbitrales debería por ello adaptarse necesariamente a las limitaciones y particularidades que la Directiva y nuestra normativa nacional recoge al efecto bajo sanción de nulidad, en su caso, por contrariar el orden público si el laudo arbitral es recurrido (77) . Y ello teniendo en cuenta que algunos aspectos como el auxilio de las agencias (art. 17 Directiva) no está expresamente previsto para estos supuestos (78) .

### **C) La mediación y la defensa de la competencia**

Para el informe OCDE-2010 (79) podríamos considerar dos tipos de litigios relacionados con el derecho de la competencia: las reclamaciones follow-on o colectivas de daños y los litigios relativos a las relaciones negociales continuas que se puedan dar concreto sector. La mediación puede ser especialmente importante si las empresas pretenden restablecer una relación normal y seguir generando beneficios (80) pero, mostrándonos conformes con dicho informe, aunque la mediación comparte algunas características comunes con el arbitraje (la falta de participación de los tribunales, la confidencialidad de los procedimientos y un tercero neutral que dirige el proceso), la mediación plantea una serie de cuestiones diferentes a las del arbitraje y de más difícil conciliación, añadiríamos, con el régimen de efectos que la Directiva de Daños quiere dar en materia de reclamación privada derivada de las infracciones de defensa de la competencia. A diferencia del proceso de arbitraje, un mediador no dicta ninguna sentencia ni laudo, y si las partes no pueden llegar a un acuerdo, el resultado es una mediación frustrada sin acuerdo.

Se suelen citar al efecto, sin perjuicio de que es muy difícil documentar la existencia de mediaciones en este sentido, mediaciones públicas muy destacadas como la que se dio en el Reino Unido entre la *British Marine Federation* y *British Waterways* (81) sobre el mercado de los puertos deportivos y los amarres en las vías navegables, que tuvo un resultado exitoso; y, por otro lado, la fallida mediación entre las casas de apuestas y Turf TV (82) sobre la venta de imágenes de televisión.

Las partes de la mediación tienen las mismas responsabilidades que tendrían si estuvieran llegando a cualquier otro acuerdo. El derecho de la competencia actúa como el telón de fondo sobre el que trabaja el mediador, de forma similar a como la normativa sobre blanqueo de capitales forma parte del telón de fondo legal y estos principios no deben ser ofendidos. Sin embargo, el mediador sólo tiene el deber de defender la ley de competencia en un sentido limitado, es decir, asegurándose de que las partes no faciliten un contrato ilegal o anticompetitivo.

Será difícil conciliar la mediación con la puesta a disposición de otra prueba que no sea la que quieran las partes, incluso teniendo en cuenta los principios de la Directiva de Daños que para ello prevén los ya referidos accesos a las fuentes de prueba y la colaboración de las autoridades de la competencia.

Una vez alcanzado el acuerdo los efectos deberían seguir el régimen que posteriormente vamos a explicar. En su defecto las partes podrán acudir a la vía arbitral, en su caso, o judicial para su

reclamación.

#### **D) Evaluación neutral temprana (ENE)**

Aunque no se da mucho en nuestro sistema, la evaluación neutral temprana o «*early neutral evaluation*», puede ser concebida como una forma no vinculante de resolución alternativa de conflictos. En ella el neutral, que probablemente pueda ser un juez retirado o un profesional jurídico, escucha las presentaciones de cada parte y luego dará su opinión sobre el resultado probable si se lleva a juicio. Esta opinión es sin perjuicio del resultado y no tiene efecto vinculante. Algunos tribunales de Estados Unidos y Colegios de abogados ya lo acogen como tal (83). Tomando por ejemplo el ámbito de Vermont (84), en este y tras la oportunidad de realizar una prueba limitada, los litigantes se reúnen con un evaluador imparcial y neutral seleccionado por las partes. El evaluador es un abogado con experiencia que conoce la materia objeto del litigio. Las partes deben presentar al evaluador un informe con sus respectivas posiciones. Una vez revisados los informes, el evaluador se reúne con las partes y discute el fondo del asunto, incluyendo los puntos fuertes y débiles de las posiciones de las partes. A continuación, el evaluador se encarga de presentar al Tribunal un breve informe que resume el resultado de la sesión de evaluación. En virtud de la necesidad de confidencialidad, el evaluador no revela ni incluye en el informe ninguna opinión o valoración profesional que pueda proporcionarse a las partes, ni el contenido de las cuestiones de fondo que se discutan durante la sesión de ENE. Tras el proceso de ENE, en muchos casos las partes acuerdan resolver el caso antes de la intervención judicial. En los casos en los que no se llega a un acuerdo, el evaluador está en condiciones de ayudar al Tribunal a aclarar las cuestiones relativas a la presentación de pruebas y a reducir el alcance del litigio.

Claro que en estos supuestos, al margen de los efectos que posteriormente vamos a ver en caso de acuerdo, la situación no deja de ser una composición voluntaria que las partes pueden rechazar, pero que a efectos de reclamación de daños puede suponer una opinión profesional que posteriormente será, en nuestro derecho, difícil de utilizar en juicio como prueba si no está debidamente habilitado y regulado en la norma, algo que actualmente solo podría pasar por una documental en cuanto al informe se refiere y por una testifical (no llega a pericial) en cuanto al profesional que ha intervenido.

#### **E) La conciliación dentro del procedimiento**

Quizás uno de los asuntos más interesantes que puedan darse para evitar el litigio es el tema de la conciliación en el ámbito del procedimiento judicial y que en el ordenamiento jurídico español está previsto en la Audiencia previa (arts. 19 y 414 LEC 1/2000).

Uno de los supuestos que podemos destacar una vez se ha presentado la demanda y se encuentra iniciado el procedimiento es el de Microsoft (85), la DOJ y diferentes estados, en donde se llegaron a intentar hasta tres mediaciones, habiendo transcurrido un plazo de más de tres años y teniendo que adaptar el objeto de la mediación dado que lo que antes había sido considerada una práctica restrictiva del mercado se había convertido, con el paso del tiempo, en algo habitual derivado de la utilización de *software*. En el citado asunto las partes, a iniciativa del juez, intentaron encontrar una solución amistosa negociando cara a cara y garantizada la suspensión del procedimiento. Sin embargo, estos esfuerzos no tuvieron el éxito deseado. Tras informar al Tribunal de que las

negociaciones habían fracasado pidieron que el profesor Eric D. Green fuera nombrado mediador para otra ronda de conversaciones sobre un posible acuerdo. El último día del período de tres semanas permitido para la mediación, los mediadores pudieron informar al tribunal de que Microsoft, Estados Unidos y la mayoría de los estados federales habían llegado a un acuerdo. Este acuerdo se presentó al tribunal en forma de una propuesta de sentencia definitiva, que posteriormente se revisó ligeramente (86). Otro asunto pendiente en la actualidad es el de *Pork Antitrust Litigation en Minnesota* (87). En el mismo se resuelve por acuerdo una acción colectiva y se nombra, dentro del procedimiento, a un administrador para el mismo (settlement administrator), estableciendo un calendario de actuación hasta que va desde la oposición hasta su aprobación por el Tribunal y el completo pago.

De igual forma el modelo de mediación ha sido usado en alguna ocasión por la Comisión Europea en sus resoluciones de compromisos como ocurrió en el Asunto *DONG/Elsam/Energi E2* (88). Se trataba de una resolución sobre una concentración y en donde la propia comisión remite a las partes, en caso de desacuerdo respecto de la misma, a dicho procedimiento: «En caso de que un tercero tenga razones para creer que DONG no ha cumplido con los compromisos, se pondrá en marcha un procedimiento de mediación. El procedimiento de mediación será supervisado por el administrador de supervisión, que tendrá derecho, bajo ciertas condiciones, a designar profesionales adicionales para ayudar en el proceso de mediación.»

Uno de los apartados que se habían puesto en discusión era el de la posible homologación del acuerdo por la autoridad judicial que en nuestro derecho se determina del siguiente modo (art. 415.2º LEC):» El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.» Desde ahí debemos acudir al ap. 48 de la Directiva donde expresamente se reconoce esa posibilidad a los acuerdos que el juez hace vinculantes, lo que no podría ser de otra forma teniendo en cuenta que incluso en el procedimiento administrativo los compromisos (y el que hemos visto para mediación) también lo son.

## V. LA SUSPENSIÓN DERIVADA DE LOS INTENTOS DE ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

La redacción del art. 18 de la Directiva es diferente a la implementación que se ha hecho en España en el art. 81 LDC y debe completarse con el 74.4º LDC. El primero de los locales se refiere a la suspensión del procedimiento judicial ya iniciado (89), mientras que la redacción del 18 distingue entre los supuestos previos y posteriores al inicio de la acción que necesariamente afectará a la interrupción de la prescripción, pero no solo a ello. De esta forma se recoge que se tiene que garantizar que el plazo para ejercitar una acción por daños se suspenda hasta tanto no concluya cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias que tenga lugar. La suspensión del plazo solo se aplicará en relación con las partes que estén o estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia. Y por otro lado se recoge que, sin perjuicio de la normativa nacional en materia de arbitraje, los Estados miembros deben garantizar que los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de una acción por daños puedan suspender el

procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con las pretensiones de dicha acción por daños.

Cuando la norma se refiere a «cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias», en el primer supuesto, no lo está haciendo a uno en concreto sino a cualesquiera que sea posible previo al procedimiento, en donde (conforme al segundo criterio) se aplicarán las normas propias del arbitraje en su caso y por ello su terminación conforme al mismo si se llega a realizar o la suspensión que allí se prevé por un máximo de dos años.

Si nos referimos, por ejemplo, a un proceso de mediación en España y sujeto a la normativa española, debemos ir a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la regla de suspensión del art. 5 se estructuraría en dos partes. Por un lado el acuerdo para la mediación y el acta de constitución (15 días) y por otro la solución de la misma que se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

Pero nada impediría considerar cualesquiera otros supuestos de intento de Acuerdo Consensual que hubieran iniciado las partes y que a todos los efectos deberían tener el mismo trato, si es posible probarlos, y que afectará necesariamente a la prescripción que es a donde se ha llevado (art. 74.4º LDC) el primer párrafo del citado art. 18 de la Directiva (90) . En aquel se desarrolla que asimismo se interrumpirá el plazo para el inicio de acciones de reclamación de daños privados derivados de la infracción, cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.

En relación con todo ello deberíamos distinguir dos tipos de supuestos de resolución alternativa consensual. Por un lado, nos encontramos con aquellos que nos darán una respuesta final de aquellos que o bien no son aceptados o bien no necesariamente (como la mediación) la producen. Cuando obtenemos una respuesta final no hablamos de suspensión sino de solución y por tanto el plazo previsto en la norma o la interrupción del plazo para reclamar carece de eficacia.

Es solo en los supuestos en donde no se obtiene una respuesta final y que permiten el inicio o la continuación del procedimiento judicial de reclamación de daños los que tienen previsto específicamente ese límite máximo de dos años que, además, parten de una configuración que sitúa en las partes la posterior acción para iniciar o continuar (91) y en el Tribunal la decisión de suspensión.

A partir de ahí una serie de problemas surgirán al respecto referentes al *dies a quo* o inicial para la reanudación, la posibilidad de personación de otros afectados o infractores en el procedimiento suspendido, la armonización de la caducidad del procedimiento y el plazo otorgado para la negociación, la posibilidad de establecer imperativamente un menor plazo que el de dos años por el juzgador, la posibilidad de medidas cautelares mientras se negocia, etc.

## VI. MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Si hablamos de procedimiento arbitral el art. 11.3º Ley 60/2003, de 23 de diciembre (92), de Arbitraje, viene a decir 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 y en cualquier caso el art. 23 lo permite salvo acuerdo en contrario de las partes. De esta forma los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio con o sin caución (93). Por su parte el art. 10 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, también reconoce que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. En el resto de los supuestos solo quedaría una situación de medidas cautelares que si son intrajudicio podrían razonarse desde el 733 LEC y si son previos solo parece poder construir desde los supuestos arbitrales o de mediación y no de otros, salvo que se trate de medidas previas y con el plazo previsto en el 730 LEC. Además, en su apartado tercero se recoge que el requisito temporal de veinte días para formalizar la demanda tras la adopción de medidas cautelares 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. Lo mismo podría entenderse para el supuesto de mediación y en general utilizando todo lo anterior para cualquier suspensión prevista por negociación, aunque aquella tendría su propio cauce en la ley de mediación y esta última, como decimos, no tiene previsto nada.

## VII. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE RECLAMACIÓN PRIVADA DE DAÑOS

Tal y como hemos visto anteriormente, en el apartado cinco de la exposición de motivos de la Directiva lo que se pretende es incentivar la solución de conflictos de reclamaciones de daños por vías alternativas al procedimiento judicial, configurando por lo tanto un sistema que incentiva los acuerdos extrajudiciales (*Consensual Dispute Resolution*) dando para ello beneficios a los infractores que en estos intervienen. Es un supuesto similar —pero externo y posterior— al que hemos visto respecto de los *settlements* o en programas de clemencia dentro del procedimiento sancionador. Y lo hace tanto se produzca el mismo con carácter previo a una posible reclamación judicial, como si esta se produce o se intenta dentro del proceso pero antes de que este termine definitivamente, a la vista de lo dispuesto en el art. 81 LDC: «Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con la citada pretensión.» Esto no significa, sin perjuicio del análisis que haremos, que los mismos sean «intrajudiciales» sino que, como el precepto recoge, lo que parece que quiere la norma es que estos se cierren fuera del procedimiento judicial, aunque evidentemente no se excluyen, visto el apartado 48 de la exposición de motivos, aquellos que son

homologados judicialmente por vía de los artículos .....LEC: «...tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación.»

Como señala acertadamente algún autor ya tratado «La resolución consensuada de conflictos puede considerarse el tercer pilar de la aplicación del derecho de la competencia, junto a la aplicación pública y la resolución de reclamaciones ante un tribunal estatal (94) .»

Pero esto debe ser considerado a la luz de los efectos que puedan plantearse en procedimientos posteriores bien por otros afectados frente a los infractores o bien entre los propios infractores para reclamar de los demás la cuota correspondiente en función del principio de relatividad. Es aquí donde nos situamos en el art. 19 de la Directiva de la que distinguimos los diferentes apartados.

Por un lado, se regula que los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfractor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia ocasionó a la parte perjudicada.

Debemos tener en cuenta que se trata de un acuerdo a través de dichos procedimientos *intra o extrajudiciales* lo que conllevará una cuantía de compensación del daño que no tiene porqué ser necesariamente la que un informe pericial pudiera haber señalado en este u otro asuntos. Por lo tanto, el acuerdo es sobre esa cantidad y cualquier reclamación restante de la parte (de esa parte) perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo. De conformidad a ello el perjudicado reclama al infractor y llega a un acuerdo con este y si la cantidad cubierta no es la totalidad podrá seguir reclamando al resto de los coinfractores que no tendrán por ello, cuando paguen, la posibilidad de reclamar esa parte a quien ha llegado a ese acuerdo.

Así que, remarcando lo anterior, los coinfractores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que participó en el acuerdo una contribución en la reclamación restante que no haya pagado al perjudicado con el que llegó al acuerdo. Pero una nueva matización se dará en este supuesto cuando los coinfractores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial no puedan pagar los daños y perjuicios correspondientes a la reclamación restante de la parte perjudicada que alcanzó dicho acuerdo; en este caso el perjudicado si podrá exigir la reclamación restante al coinfractor con quien se haya alcanzado el acuerdo extrajudicial aún a pesar de dicho acuerdo salvo que se haya establecido una exclusión expresa en el acuerdo consensual al que llegaron las partes.

La forma de calcular la cantidad que un coinfractor puede recuperar de otro coinfractor (partiendo de que será un nuevo procedimiento entre otras partes) la establece el último apartado del precepto y tiene en cuenta lo que se denomina «responsabilidad relativa por el daño causado». La norma nos dice que para su cálculo se deben tener en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo. Esto no significa que puedan recuperarse respecto del que ha pagado en el acuerdo puesto que queda sometido a la

anterior regla, sino que deberá reducirse en la cantidad realmente pagada y desde ahí calcular las cuotas que corresponden al resto de los coinfractores.

En ese planteamiento deberemos tener en cuenta igualmente que se matiza de forma compleja (arts. 11 y 12 de la Directiva): 1º.- Con objeto de evitar la sobrecompensación, los Estados miembros establecerán las disposiciones procesales adecuadas para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel (95) . 2º.- Cuando el infractor sea una pequeña o mediana empresa (pyme) (96) no sancionada anteriormente y en tanto no haya dirigido la infracción o coaccionado a otros para entrar, el infractor solo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos atendiendo a su cuota de mercado (inferior al 5%) y siempre que ello pueda suponer la inviabilidad económica de la misma o la pérdida total de sus activos. 3º.- Si se trata de un solicitante de clemencia así beneficiado (97) solo será responsable del daño de sus proveedores o compradores directos o indirectos y no otros, salvo que estos últimos no puedan obtener el pleno resarcimiento (98) del resto de los coinfractores en cuyo caso sí podrán reclamar por el resto si bien conforme a su responsabilidad relativa (99) . Y por otro lado el importe de la contribución de un infractor (en reclamación (100) de otro infractor (101) que haya pagado más de lo que corresponde a su responsabilidad relativa) al que se haya concedido la dispensa en el pago de multas en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.

## VIII. CONCLUSIÓN. SOBRE LA EFICACIA DEL SISTEMA

Podríamos decir, con algún autor (102) , que

*«... confiar únicamente en los reguladores para hacer cumplir las normas del derecho de la competencia nunca será suficiente. La «aplicación privada» de las normas antimonopolio ha sido durante mucho tiempo el principal mecanismo de aplicación en los Estados Unidos, y ahora es cada vez más crucial en la Unión Europea. Los tribunales ordinarios pueden ser a veces un foro eficaz en de competencia cuando los hechos son sencillos, las soluciones que se buscan son convencionales y cuando la existencia de una infracción ha sido determinada previamente por el regulador. Pero en muchas situaciones, tanto en la UE como en EE UU, el arbitraje de los litigios de competencia ofrece verdaderas ventajas. Permite a las partes seleccionar árbitros con experiencia en el derecho y la economía de la competencia y antimonopolio, lo que lamentablemente sigue siendo una excepción para muchos jueces nacionales. Permite una mayor flexibilidad procesal, así como de procedimiento, así como un foro menos público para resolver asuntos que pueden ser de la mayor sensibilidad comercial. El derecho de la competencia también tiene como una de sus principales características distintivas el hecho de que las cuestiones que requieren una resolución suelen referirse al presente y al futuro más que al pasado. Este es el caso, en particular, cuando las cuestiones a resolver se plantean en el ámbito del control de las fusiones, cuando el recurso al arbitraje se considera cada vez más de los mecanismos de control de los remedios no estructurales que se imponen a las entidades que se fusionan».*

La idea, como hemos visto en el juego de los exponendos 5 y 48 de la Directiva es fomentar este tipo de soluciones. El art. 18.3º de la Directiva de Daños recoge expresamente que «Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial» y por tanto aceptando que ello es así antes y después del inicio de acciones y para cualquier supuesto.

No obstante, lo anterior es evidente que algunas cuestiones quedan por resolver en esa aplicación de dichos instrumentos para solventar los problemas que van surgiendo. Así por ejemplo el art. 9 de la Directiva de Daños no recoge nada sobre el efecto de las decisiones de las autoridades nacionales de competencia y de los tribunales nacionales cuando se trata de Acuerdos Extrajudiciales. Si bien establece que una infracción de la competencia constatada por una decisión final de una agencia o por un tribunal se considera irrefutable a efectos de una acción por daños y perjuicios interpuesta ante sus órganos jurisdiccionales nacionales en virtud de los arts. 101 o 102 del TFUE o en virtud de las disposiciones del derecho nacional de la competencia, no dice lo mismo respecto de la decisión arbitral o el acuerdo resultado de la mediación, por ejemplo. Al mismo tiempo, el apartado segundo de dicho precepto establece que cuando la decisión de una agencia se adopte en otro Estado miembro, dicha decisión final podrá presentarse ante los tribunales nacionales como prueba *prima facie*. Al entender de algunos autores no está claro cómo debe actuar un tribunal arbitral, o en cualquier otra situación consensual, en las mismas circunstancias. También es cuestionable, se afirma, si, en virtud de los principios básicos del derecho de arbitraje, la decisión de una agencia nacional debería tener más legitimidad que la decisión de una agencia extranjera (103) .

Sin embargo, algo que preocupa seriamente y que se pone de manifiesto de forma constante en las resoluciones que hemos visto, es la posibilidad de dejar de aplicar el derecho de competencia o bien de soslayarlo o bien de no tener una respuesta uniforme frente a las mismas conductas. En este sentido se ha señalado por algunos autores en estudios sobre las resoluciones de los Tribunales y particularmente de los dictámenes de los Abogados generales en donde se propone una revisión de fondo de las resoluciones arbitrales y no simplemente excepcional. Ante ello proponen (104) una visión que vaya de un área minimalista a otra maximalista pues con ello, siguiendo la reciente doctrina americana (105) , solo se conseguiría tirar a la papelera las resoluciones derivadas de dichos medios consensuales alternativos.

La especialización de los Tribunales es igualmente otra de las soluciones a este problema y desde ahí la posibilidad de adoptar decisiones que lleven a las partes a solventar estas cuestiones por ante expertos fuera del litigio y con plenas garantías.

En cualquier caso el régimen de la posibilidad de Acuerdos Extrajudiciales conlleva que en cualquier caso deban respetarse las normas sobre competencia de la Unión Europea fijadas en la normativa primaria y conforme a la interpretación que de ello nos da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por otro lado, que el control de dicha aplicación parece poderse hacer de oficio incluso en supuestos excepcionales como puede ser el recurso de anulación del procedimiento arbitral por tratarse de cuestiones de orden público. Menos problema plantea en este caso la transacción, de



cualquier forma, de los daños privados reclamadas por tratarse de una materia plenamente disponible, aunque nuevamente en el régimen de efectos de dichos acuerdos debemos someternos a los límites que recoge el art. 19 de la Directiva de Daños.

## BIBLIOGRAFÍA

AREEDA y TURNER, *Tratado de derecho antitrust. Harv. L. Rev.* 697, 1975.

BERGMAN, H. y SOKOL, D.D., «The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance», en *Beaton-Wells & Tran (eds), Anti-Cartel Enforcement In A Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing 2015).

BLANKE, G. y LANDOLT, P., «Prólogo» en G. Blanke and P. Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International, 2011) pp. cvii-cviii.

BODNAR, O., Fremerey, M., Normann, H.-T., Schad, J.L., «The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence», DICE Discussion Paper, No. 315, ISBN 978-3-86304-597-5, Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf, 2021. Disponible en [<http://hdl.handle.net/10419/235205>].

CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *Mercado y Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*. Tirant 2021

DERAINS, Y., «Specific Issues Arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts», en C. Ehlerman, I. Atanasiu (eds), *European Competition Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford, Hart Publishing. 2001, p. 323.

DRIESSEN-REILLY, M., «Private damages in EU competition law and arbitration — a changing landscape» (2015) *Arbitration International*, [<http://dx.doi.org/10.1093/arbint/aiv007>].

DRIESSEN-REILLY, M., «Private damages in EU competition law and arbitration — a changing landscape» (2015) *Arbitration International*, [<http://dx.doi.org/10.1093/arbint/aiv007>].

ELYSE DORSEY, J.R. y WRIGHT, J., «Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking», *Law & Economics* #: 18-20

GERADIN, D., «The Power of Arbitral Tribunals to Raise Public Policy Rules *Ex officio*: The Case of EU Competition Law (June 15, 2016)». *TILEC Discussion Paper* No. 2016-027, Disponible en SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2796015>] or [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2796015>].

Gov-UK, «Private actions in competition law: a consultation on options for reform [[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/31528/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31528/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf)].

IBA, *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2010), [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx),

ICN (International Competition Network) «Good practices for incentivising leniency applications», Subgrupo 1 sobre Grupo de trabajo de Cárteles, 30 April 2019. Disponible en [<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-lenency.pdf>].

IDOT, L., «Arbitration and Competition», en *OECD Report Competition Law and Policy*, 2010, disponible en [<http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> p. 51-52

Kahneman D., *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

KOVAR, R., *Droit Communautaire de la Concurrence et Arbitrage; in: Etudes Offertes à B. Goldman*, París, Litec, 1982.

LANDE, R.H. y DAVIS, J.P., «Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases» (2008) 42 *USFL Review* 879-918.

LANDOLT, Ph., «Chapter 15: The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland.», en G. Blanke and Ph. Landolt (Eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, pp. 545-565.

LIZANA, C. y PAVIC, L., «Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 3 pp 507-541, 2002.

MAILLO, J. «EU Cartel Settlement procedure: an assessment of its results 10 years later», Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, n.º 57 / 2017,

MARTÍ MIRAVALLS, J., «La aplicación privada del derecho de la competencia sobre las particularidades de las acciones de nulidad y de daños y perjuicios», pp. 105 y 106. Disponible en [<http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo118.pdf>]

MODZELEWSKA DE RAAD, M., «Consensual Dispute Resolution in the Damage Directive. Implementation in CEE Countries (June 30, 2017).» *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS)*, vol. 10, n.º 15, p. 49-67, 2017, Available at SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=3120449>].

MOISEJEVAS, R., «The Damages Directive and Consensual Approach to Antitrust Enforcement (December 31, 2015)». *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* vol. 2015, 8(12), p. 181-194, Disponible en [<https://ssrn.com/abstract=2866276>] or [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2866276>].

OECD, *Hearings, Arbitration and Competition*, DAF/COMP(2010), p. 10, disponible en:

OLMEDO, E., *Las transacciones (settlements) en el derecho antitrust*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

PAGE, W.H., «The Chicago School and the Evolution of Antitrust», *Va L. Rev.* 75 1989, pp 1221 a 1253.

PANADERO, J.B., «Exclusión como preocupación de competición del núcleo», 78, *Antitrust LJ.* 527,

2013.

PAVELKA, T. (2012). «Antitrust Arbitration Review. The Czech Do It Differently: but how much?,» disponible en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2166073](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166073)] 2012, 2012, p. 10.

PISZCZ, A., «*Well Begun is Half Done: Amendments to the Polish Legal Framework for Consensual Dispute Resolution Needed After Antitrust Damages Directive (2014/104/EU)*» *Białostockie Studia Prawnicze* 2017 vol. 22 nr 4

RIBELLES, J.M., «Acciones follo won y la doctrina de la solidaridad impropia», en AAVV, *Acciones follow on. Reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia*. Tirant 2019, pgs.49 a 53

RODGER, B., «Private Enforcement of Competition Law, The Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the UK 2000-2005» (2008) *ECLR* 96-116.

Rodger, B., «Why not court? A study on follow-on actions in the UK» (2013) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 104-131.

SADRAC, K., «Arbitration Agreements and Actions for Antitrust Damages after the CDC Hydrogen Peroxide Judgment (2017)». *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2017, 10(16), Disponible en SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=3159994>].

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «The principle of relative responsibility for harm in the Directive 2014/104/UE». *Oxford Competition Law eJournal*, 12th April 2019. Disponible en [<https://oxcat.ouplaw.com/page/765>].

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Infracciones of the Competition as Externalities» publicado en, *European Economics: Microeconomics & Industrial Organization eJournal*, vol 12, n.º 53, August 07, 2018. Disponible en [<https://papers.ssrn.com/abstract=3211511>];].

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 10/2018, disponible en [<https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2018/10/ARTICULO-DOCTRINAL-Enrique-Sanjuán-y-Muñoz.pdf>].

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «The Principle of Relative Responsibility in Antitrust Damages», *Antitrust: Antitrust Law & Policy eJournal*, vol 11, n.º 50, June 14, 2019. Disponible en [[https://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=3334601&journalid=1492474&issue\\_number=50&volume=11&journal\\_type=CMBO&function=showissue](https://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=3334601&journalid=1492474&issue_number=50&volume=11&journal_type=CMBO&function=showissue)]

SANJUÁN, Enrique, «Los dictámenes e informes de las autoridades de la competencia en supuestos de defensa de la competencia (The Opinions and Reports of the Competition Authorities in Antitrust

Cases) «(August 12, 2019). *Antitrust & Regulated Industries eJournals, Antitrust: Antitrust Law & Policy eJournal — CMBO*. Disponible [<https://ssrn.com/abstract=3441261> or [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441261>

SUDEROW, J. y ANGULO, A., «Spain», *Compatibility of Transactional Resolutions of Antitrust Proceedings with Due process and Fundamental Rights & Online Exhaustion of IP Rights* Editors Bruce Kilpatrick Pierre Kobel Pranvera Këllezi edited by Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, Pranvera Këllezi, 2016 pg. 356

SZEREDI, K., «Robbing Peter to pay Paul: How effectiveness concerns about EU antitrust arbitration could harm effective enforcement». *Concurrences eJournal, Awards 2020*. [[https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/19.\\_robbing\\_peter\\_to\\_pay\\_paul.pdf?56480/0e67c94d17f398253641e74a43e571d6f7349328](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/19._robbing_peter_to_pay_paul.pdf?56480/0e67c94d17f398253641e74a43e571d6f7349328)].

UNCITRAL, *Arbitration Rules 2010*, [<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>], ni tampoco las ICC, *Rules of Arbitration*, [<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rulesof-arbitration>].

VANIKIOTIS, M.T., «Private Antitrust Enforcement and Tentative Steps Toward Collective Redress in Europe and the United Kingdom», *Fordham International Law Journal*, 1(2014) 37(5) 639-1682.

WARD, A., LÓPEZ RIDRUEJO, M. y AGUIRRE, I., «Capítulo 8. Introducción de la figura del settlement en el ordenamiento jurídico español», en *Anuario de Derecho de la Competencia (2020)*. 1ª ed., agosto 2020.

ZIMMER, D. y HÖFT, J., *Alternative Dispute Resolution in Antitrust Cases? On the Role of Mediation in US Antitrust and EU and German Competition Law (April 15, 2013)*. *European Competition Law Review (E.C.L.R.)* 2013, 434-442, Available at SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=2749037>].

ŽIVKOVIĆ, P., «Antitrust Arbitration in Europe (Part II): Improving Private Enforcement by Removing Procedural and Evidential Barriers in Arbitration.» *Kluwer Arbitration Blog, 2017*: [<http://kluwarbitrationblog.com/2017/06/03/antitrustarbitration-europe-part-ii-scope-effect-arbitration-clauses-microsoft-case/>;] (20.07.2017).

(1)

R. Moisejevas, «The Damages Directive and Consensual Approach to Antitrust Enforcement (December 31, 2015)», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* vol. 2015, 8(12), p. 181-194, Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2866276> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2866276>

Ver Texto

(2) *American Safety v. McGuire* 391 F.2d 821 (1968 ) resume la posición histórica mantenida internacionalmente durante gran parte del siglo XX: «una reclamación en virtud de las leyes

*antimonopolio no es un asunto meramente privado. La violación de las leyes antimonopolio puede afectar a cientos de miles, quizás millones, de personas e infligir un daño económico asombroso. No creemos que el Congreso pretendiera que tales reclamaciones que se resuelvan en otro lugar que no sean los tribunales.... El interés público generalizado en la aplicación de las leyes antimonopolio, y la naturaleza de las reclamaciones que surgen en tales casos, se combinan para hacer que... las reclamaciones antimonopolio... sean inapropiadas para el arbitraje».*

Disponible en [https://scholar.google.es/scholar\\_case?case=12800333568084745088&q=American+Safety+v.+MaGuire&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.es/scholar_case?case=12800333568084745088&q=American+Safety+v.+MaGuire&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1).

Ver Texto

- (3) Véase R. Kovar (1982): *Droit Communautaire de la Concurrence et Arbitrage*; in: *Etudes Offertes à B. Goldman*, París, Litec, 982, p. 110.

Ver Texto

- (4) Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Publicado en: DO n.º 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1 a 19

Ver Texto

- (5) [https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/actions-damages\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/actions-damages_en)

Ver Texto

- (6) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) decision by the United States Supreme Court.

Ver Texto

- (7) STJUE 27 abril 1994, Asunto C-393/92 Almelo, ECLI:EU:C:1994:171.  
<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98695&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2194424>

Ver Texto

- (8) Asunto C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR, I-3055

Ver Texto

- (9) STJUE 7 de septiembre de 2006. C-125/05.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=63672&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2518782>

Ver Texto

(10) STJUE 30 de noviembre de 2006. Asuntos acumulados C-376/05 y C-377/05

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0376&qid=1649662154719&from=EN>

Ver Texto

(11) Auto TJUE 26 de enero de 2007, C-273/06.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=61788&text=&dir=&doclang=FR&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=2520668>

Ver Texto

(12) ICC Estimatoria parcial No. 7673(1993), Respecto de la aplicación de la ley suiza a la materia y también ICC Award No. 14042(2010 en el mismo sentido aplicando la ley suiza; ICC Award No.8423(1998) donde no solo se estima la posibilidad de arbitraje sino también sobre la validez o invalidez del contrato. ICC Award No. 10433(2001) y también ICC Award No. 11502(2002), en donde reconocen el arbitraje en supuestos del art. 101 TFUE. Localizables en ICC.

Ver Texto

(13) AAP, Civil sección 28 del 18 de octubre de 2013 CROJ: AAP M 1988/2013) y AJM, Mercantil sección 11 del 04 de mayo de 2011 CROJ: AJM M 89/2011).

Ver Texto

(14) Unido a ello la competencia internacional en el caso. Para eso afirmará que « Ya que el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de los Tribunales españoles, ha de admitirse, como señala la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 13 de octubre de 1993 y 29 de septiembre de 2005), la sumisión a órganos judiciales extranjeros».

Ver Texto

(15) B. Rodger, «Private Enforcement of Competition Law, The Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the UK 2000-2005» (2008) ECLR 96-116.

Ver Texto

(16) R.H. Lande y J.P. Davis, «Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases» (2008) 42 *USFL Review* 879-918. La disminución en ese período y posterior de acciones colectivas en USA también ha sido puesta de manifiesto: M.T. Vanikiotis, «Private Antitrust Enforcement and Tentative Steps Toward Collective Redress in Europe and the United Kingdom» (2014) 37(5) *Fordham International Law Journal* 1639-1682.

Ver Texto

(17) A diferencia de las Follow-on o de continuación, las acciones standalone surgen de la iniciativa privada

de un particular o empresa y no parten de una decisión de la agencia de la competencia que previamente ha sancionado a una empresa por infringir las normas de la competencia.

Ver Texto

(18)

M. Driessen-Reilly, «Private damages in EU competition law and arbitration — a changing landscape» (2015) *Arbitration International*, <http://dx.doi.org/10.1093/arbint/aiv007>.

Ver Texto

(19) B. Rodger, «Why not court? A study on follow-on actions in the UK» (2013) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 104-131.

Ver Texto

(20) Un ejemplo de acciones colectivas que se dirimieron en conjunto es el de los Asuntos referidos a Lufthansa T-9/11 *Air Canada*, T-28/11 *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij*, T-36/11 *Japan Airlines*, T-38/11 *Cathay Pacific Airways*, T-39/11 *Cargolux Airlines International*, T-40/11 *Latam Airlines Group and Others*, T-43/11 *Singapore Airlines and Others*, T-46/11 *Deutsche Lufthansa and Others*, T-48/11 *British Airways*, T-56/11 *SAS Cargo Group and Others*, T-62/11 *Air France-KLM*, T-63/11 *Société Air France and T-67/11 Martinair Holland v Commission*. Tal y como nos explica algunos autores (*Bergman & Sokol* 2015, n 53), p. 312.), Lufthansa se convirtió en el objetivo de 20 demandas colectivas en EE UU y una en Canadá. La compañía decidió participar en una ADR colectiva y buscar un acuerdo extrajudicial por diferentes razones: (1) un análisis coste-beneficio, y (2) A pesar de haber pagado 85 millones de euros en acuerdos, algunos de los cuales se consideraron «cifras exageradas» por los demandantes, Lufthansa creyó que al que al resolver voluntariamente las reclamaciones incluso antes de que se dictara la decisión sobre la infracción, no sólo se ahorra dinero al evitar los procedimientos de demanda colectiva, sino que también protegió su reputación en la industria aérea. *Vid.* H. Bergman & D.D. Sokol, «The Air Cargo Cartel: Lessons for Compliance», en *Beaton-Wells & Tran (eds), Anti-Cartel Enforcement In A Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart Publishing 2015),

Ver Texto

(21)

Cuando hablamos de agencias de defensa de la competencia nos estamos refiriendo a las distintas agencias que tienen como función proteger, en cada país, la libertad de mercado y la protección de defensa de la competencia. En España es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas. Véase Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ver Texto

(22) Véase por ejemplo ICN (International Competition Network) «Good practices for incentivising leniency applications», Subgrupo 1 sobre Grupo de trabajo de Cárteles, 30 April 2019. En el mismo se afirma que ello depende de cada jurisdicción, pero que «Si el sistema jurídico de una jurisdicción concreta permitiera en general una indemnización múltiple, los legisladores de esa jurisdicción podrían considerar la posibilidad de limitar la responsabilidad de los beneficiarios de la clemencia a una única indemnización.», p.11.

Disponible en <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/CWG-Good-practices-for-incentivising-leniency.pdf>

Ver Texto

(23) Así lo recoge expresamente el punto quinto de la Directiva de Daños: «*Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios («acciones por daños») constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento.»*

Ver Texto

(24) Las reclamaciones privadas de daños derivadas del derecho de la competencia, han sido introducidas en nuestra normativa a partir de la armonización de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante Directiva de daños). Mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (Ref. BOE-A-2017-5855), se modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), para su incorporación en el Título VI sobre la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia (art. 71 a 81 inclusives).

Ver Texto

(25) El concepto undertaking parte de la versión en inglés del apartado primero del art. 101 TFUE: «The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market...» Tal y como señala la STJUE de 14 de marzo de 2019 (Asunto C-724/17) del tenor del art. 101 TFUE, ap. 1, se desprende que los autores de los Tratados optaron por utilizar ese término para designar al autor de una infracción de la prohibición establecida en esta disposición (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 516/15 P, EU:C:2017:314, apartado 46). Además, es jurisprudencia reiterada que el Derecho de la Unión en materia de competencia tiene por objeto las actividades de las empresas (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C 280/06, EU:C:2007:775, apartado 38 y jurisprudencia citada, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C 434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 39 y jurisprudencia citada). Y por tanto la responsabilidad del perjuicio resultante de las infracciones de las normas de la Unión en materia de competencia tiene carácter personal, incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción. La aplicación del Derecho europeo (sin perjuicio de la matización que se realiza al respecto de concentraciones) nos lleva a considerar que el concepto es utilizado para supuestos de actividades económicas tanto tengan o no un fin lucrativo. *Vid.* A.B. Campuzano AB y E. Sanjuán y Muñoz, Mercado y *Derecho de la Competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*. Valencia, Tirant, 2021, p.240

Ver Texto



(26) En relación a las externalidades *vid.* mi trabajo E. Sanjuán y Muñoz, «Infractions of the Competition as Externalities» publicado en, *European Economics: Microeconomics & Industrial Organization eJournal*, Vol 12, n.º 53, August 07, 2018. Disponible en <https://papers.ssrn.com/abstract=3211511>

Ver Texto

(27) Tengamos en cuenta que las herramientas de solución alternativa previa de este tipo de cuestiones, sobre todo en relación con los programas de clemencia, son bien vistas no solo como modelo de evitación de mayor gasto y utilización de recursos, sino como eficiencia del sistema. Recientemente un trabajo que completa el anterior que he referido sobre Externalidades (Infractions of the Competition as Externalities»), viene a defender que la posibilidad, sin limitación, de reclamación privada de daños podría afectar al sistema de forma completo, consolidar cárteles de actuación de empresas y favorecer la permanencia en los mismos. En este sentido O. Bodnar, M. Fremerey, H.-T. Normann y J.L. Schad, : «The effects of private damage claims on cartel activity: Experimental evidence2 (2001), DICE Discussion Paper, No. 315, ISBN 978-3-86304-597-5, Heinrich Heine University Düsseldorf, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf. Disponible en <http://hdl.handle.net/10419/235205>. Ambos estudios han sido premiados C2019 y 2022 respectivamente) por la prestigiosa revista *Concurrences* en sus *Concurrences Awards*.

Ver Texto

(28) También, evidentemente, en cualesquiera otros aspectos que conlleven la necesaria aplicación de los principios de efectividad y equivalencia que en el derecho Europeo se exige respecto de las diferentes regulaciones de los países de la Unión. En este sentido el Asunto Cogeco analizó el mismo desde el punto de vista de la prescripción. *Vid.* STJUE de 28 de marzo de 2019 (C-637/17)

Ver Texto

(29) Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, 13 de julio de 2006.

Ver Texto

(30) Asunto C-536/11 de 6 de junio de 2013.

Ver Texto

(31) Asunto *Sumal* C-882/19, STJUE 6 de octubre de 2021.

Ver Texto

(32) *Vid.*, en este sentido, en lo que concierne a la solidaridad en materia de multas, las sentencias de 26 de enero de 2017, *Villeroy & Boch/Comisión*, C-625/13 P, EU:C:2017:52, ap. 150, y de 25 noviembre de 2020, *Comisión /GEA Group*, C-823/18 P, EU:C:2020:955, ap. 61 y jurisprudencia citada

Ver Texto

(33) La discusión doctrinal sobre si se trata de una solidaridad propia o impropia es analizada por J.M. Ribelles, «Acciones follo won y la doctrina de la solidaridad impropia», en *AAVV, Acciones follow on*.

*Reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia*. Tirant 2019, pp.49 a 53.

Ver Texto

(34) Sobre el análisis de esta responsabilidad relativa *vid.* E. Sanjuán y Muñoz, «The principle of relative responsibility for harm in the Directive 2014/104/UE». Oxford Competition Law eJournal, 12th April 2019. Disponible en <https://oxcat.ouplaw.com/page/765>; véase también Sanjuán y Muñoz, E, «The Principle of Relative Responsibility in Antitrust Damages», *Antitrust: Antitrust Law & Policy eJournal*, vol 11, Issue 50, June 14, 2019. Disponible en [https://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=3334601&journalid=1492474&issue\\_number=50&volume=11&journal\\_type=CMBO&function=showissue](https://hq.ssrn.com/Journals/IssueProof.cfm?abstractid=3334601&journalid=1492474&issue_number=50&volume=11&journal_type=CMBO&function=showissue)

Ver Texto

(35) J. Martí Miravalls, «La aplicación privada del derecho de la competencia sobre las particularidades de las acciones de nulidad y de daños y perjuicios». Pgs 105 y 106. Disponible en <http://www.ravjl.com/bd/archivos/archivo118.pdf>.

Ver Texto

(36) Afirmará también que se trata de una solidaridad *ad extra* y mancomunidad *ad intra* entre los coinfractores.

Ver Texto

(37) Así lo he defendido igualmente en Sanjuán y Muñoz, E, «La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 10/2018, disponible en <https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/wp-content/uploads/2018/10/ARTICULO-DOCTRINAL-Enrique-Sanjuán-y-Muñoz.pdf>

Ver Texto

(38) Por ejemplo *Estados Unidos v. Filadelfia Nat'l Banco*, 374 EEUU 321 (1963) o *Estados Unidos v. Von Grocery Co*, 384 EEU. 270 C1966).

Ver Texto

(39) Sobre las diferentes teorías *vid.* C. Lizana C y Pavic L, «Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 3, 2002, pp. 507-541.

Ver Texto

(40) *Vid.* para ello W.H. Page, «The Chicago School and the Evolution of Antitrust», *Va L. Rev.* 75, 1989, pp 1221 a 1253.

Ver Texto

(41) *Vid.* para ello Areeda y Turner, *Tratado de derecho antitrust*. Harv. L. Rev. 697, 1975 .

Ver Texto

(42) Panadero JB, «Exclusión como preocupación de competición del núcleo», 78, *Antitrust LJ*. 527, 2013.

Ver Texto

(43) A este respecto véase la magnífica obra de Kahneman D, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

Ver Texto

(44) E. Dorsey, J. Rybnicek y J. Wright, «Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking», *Law & Economics* #: 18-20

Ver Texto

(45) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof-Austria) — KONE AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH / ÖBB Infrastruktur AG (Asunto C-557/12)

Ver Texto

(46) Así se recogía igualmente en la Sentencia Manfredi (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sala Tercera) de 13 de julio de 2006 (petición de decisión prejudicial planteada por el Giudice di pace di Bitonto-Italia) Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito / Fondiaria Sai SpA (C 296/04) y Nicolò Tricarico (C 297/04), Pasqualina Mugolo (C 298/04) / Assitalia SpA (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04).

Ver Texto

(47) En el mismo sentido la consulta realizada por el Gobierno del Reino Unido en 2012, cuando venía a tratar todos estos instrumentos dentro de dicha categoría: «La resolución alternativa de conflictos (ADR) abarca una serie de enfoques de mediación y conciliación diseñados para resolver los casos de manera favorable para todas las partes antes de que lleguen a un tribunal formal, o al menos antes de que el trabajo de dicho tribunal haya concluido. En esta consulta, se considera que se refiere a todos los medios de resolución de conflictos antes de que se dicte una sentencia definitiva en los tribunales, incluyendo la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral temprana y la conciliación. Esto va desde la simple prestación de servicios que pueden proporcionar dicha resolución, hasta hacer obligatorio el uso de dichos servicios o incentivar su uso teniendo en cuenta la voluntad de llegar a un acuerdo en el proceso de decisión sobre la asignación de costes o daños». *Vid.* Gov-UK, «Private actions in competition law: a consultation on options for reform», ap. 6.1 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/31528/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31528/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf)

Ver Texto

(48) La idea no es que sean estos únicos los legitimados, sino que ese es el límite máximo de responsabilidad sean quienes sean los que hubieren reclamado en cuanto a una responsabilidad solidaria frente a todos.

[Ver Texto](#)

(49) La idea ha sido defendida bajo el concepto de subsidiariedad. En ese sentido Martí Miravall Cop. cit. p.153) viene a afirmar lo siguiente: «Ahora bien, como excepción, y en coherencia con el principio de pleno resarcimiento del daño como principio inspirador de la normativa, el beneficiario de clemencia si responderá por los daños sufridos por «cualquier persona» perjudicada distinta de sus compradores o proveedores cuando éstos no se hayan podido resarcir plenamente del resto de infractores. Se trata, por tanto, de una responsabilidad de carácter subsidiario. Correspondiendo la carga de la prueba de la imposibilidad de resarcimiento de terceros infractores al perjudicado-demandante». Se ponen en juego entonces tres elementos: por un lado el programa de clemencia reconocido. En segundo lugar que se haya probado que quien es el perjudicado no ha podido cobrar todo lo que le corresponde del resto de los infractores. Y en tercer lugar que dependiendo de si es proveedor o comprador directo o indirecto o tercero, la responsabilidad relativa del beneficiario de clemencia será diferente. Una cuarta lo será, aunque en régimen general y no solo de clemencia, en la medida en que el infractor sea una pequeña o mediana empresa y cumpla los requisitos previstos en la norma Europea o nacional para estar exento total o respecto solo de sus proveedores y compradores directos o indirectos.

[Ver Texto](#)

(50) Los arts. 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), permiten a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo. A su vez se inspira en la regulación comunitaria contenida en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de Clemencia de la Comisión Europea), y en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia.

[Ver Texto](#)

(51) La empresa o la persona física que vaya a presentar una solicitud de exención del pago de la multa podrá solicitar un indicador que reserve el puesto para dar tiempo al solicitante a presentar los elementos de prueba necesarios para aplicar el ap. 1 de este artículo.

[Ver Texto](#)

(52) Nos basamos para ello en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DO C 298 de 8.12.2006, p. 17/22

[Ver Texto](#)

(53) A. Ward, M. López Ridruejo, e I. Aguirre, «Capítulo 8. Introducción de la figura del settlement en el ordenamiento jurídico español », en *Anuario de Derecho de la Competencia* (2020). 1ª ed., agosto 2020

[Ver Texto](#)

(54) Se introduce en el ámbito Europeo a partir del Reglamento (CE) 622/2008<sup>1</sup> y la Comunicación de la Comisión Europea («Comisión») 2008/C 167/012.

Ver Texto

(55) El procedimiento de Settlement consta de cinco fases en la Comunicación Europea sobre el mismo: (i) el inicio del procedimiento de Settlement); (ii) las conversaciones con la Comisión); (iii) la solicitud de transacción); (iv) el Pliego de Cargos y la réplica de la(s) parte(s)<sup>26</sup>; y (v) la decisión de la Comisión).

Ver Texto

(56) En el período comprendido entre 2010 (cuando se adoptó la primera decisión de transacción) y 2017, la Comisión ha adoptado 48 decisiones de condena de cárteles, 24 de las cuales han sido decisiones de transacción, por lo que el 50% de los casos se han cerrado mediante una transacción. Maillo J. «EU Cartel Settlement procedure: an assessment of its results 10 years later», Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia. Número 57 / 2017,

disponible en [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10807/1/eu\\_maillo\\_2017.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10807/1/eu_maillo_2017.pdf)

Ver Texto

(57) Olmedo E. *Las transacciones (settlements) en el derecho antitrust*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2021: «La transacción es un instrumento de aplicación pública del Derecho de la competencia que permite agilizar la tramitación de los expedientes gracias al reconocimiento por parte de los infractores de la conducta ilícita y su responsabilidad por ella. A cambio de esta colaboración, la autoridad les ofrecerá un mejor tratamiento en el procedimiento, normalmente materializado en una reducción de la sanción a la que se exponen».

Ver Texto

(58) Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) n o 1/2003 del Consejo en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE). DO C 167 de 2.7.2008,

Ver Texto

(59) Para un desarrollo mayor véase Suderow J y Angulo A, «Spain», *Compatibility of Transactional Resolutions of Antitrust Proceedings with Due process and Fundamental Rights & Online Exhaustion of IP Rights* Editors Bruce Kilpatrick Pierre Kobel Pranvera Këllezi edited by Bruce Kilpatrick, Pierre Kobel, Pranvera Këllezi, 2016 p.356

Ver Texto

(60) En la sentencia de dicha Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 (RC 725/2013), ya mantenía este criterio con la exposición de los siguientes razonamientos: «[...] La decisión de seguir estas actuaciones tendentes a la solución consensuada resulta relevante en cuanto a los efectos y consecuencias que conlleva, y compete pues, en exclusiva a la Dirección de Investigación, que para decidir la opción deberá ponderar de forma motivada y razonada las circunstancias concurrentes para seguir tal vía o, como la que analizamos, para descartar

acudir a esta finalización atípica del procedimiento sancionador. La mera solicitud de terminación convencional formulada por la parte afectada por el expediente y el ofrecimiento de concretos compromisos no es suficiente ni tiene un carácter vinculante para la Dirección de Investigación a la que incumbe ponderar si procede concluir el expediente sancionador de forma normal o a través de una fórmula atípica que, insistimos, su conveniencia deberá justificarse con la correspondiente valoración objetiva y razonable de los concretos intereses en juego, así como el alcance y eficacia de los compromisos propuestos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente».

Ver Texto

(61) Modzelewska de Raad, Małgorzata, «Consensual Dispute Resolution in the Damage Directive. Implementation in CEE Countries (June 30, 2017).» *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS)*, vol. 10, n.º 15, p. 49-67, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3120449>

Ver Texto

(62) Moisejevas, «The Damages Directive and Consensual Approach ...», *loc. cit.*

Ver Texto

(63) Idot, L. (2010). «Arbitration and Competition», en *OECD Report Competition Law and Policy*, disponible en <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf> p. 51-52

Ver Texto

(64) STJUE 27 abril 1994, Asunto C-393/92 Almelo, ECLI:EU:C:1994:171.  
<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98695&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2194424>.

Ver Texto

(65) En el mismo sentido Landolt, Ph. (2011). «Chapter 15: The Application of EU Competition Law in International Arbitration in Switzerland.», en G. Blanke and Ph. Landolt (Eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (pp. 545-565). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International «El derecho de la competencia de la UE debe aplicarse incluso si la adjudicación se realiza sobre la base del derecho ex aequo et bono o del derecho no comunitario.» Ciertamente esto podría ir contra la doctrina del Tribunal Constitucional español que parte una revisión limitada al razonamiento y no a lo sustantivo. TSC 9/2005, de 17 de enero FJ 5, STC 17/2021, de 17 de febrero, FJ 2, STC 46/2020, de 15 de junio; STC 15 de marzo 55/2021 y 65/2021, de 15 de marzo. En igual sentido y recogiendo toda esa doctrina, pendiente de publicación en BOE, 4 de abril de 2022, Recurso de Amparo 4731/20.

Ver Texto

(66) Modzelewska, «Consensual Dispute....» Obra citada, P.53

Ver Texto

(67) En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español partiendo de que lo que se decide en la cláusula arbitral es el camino pero no la necesidad de aplicación del *ius cogens*. Las SSTs del 18 de abril de 1998, de 17 de abril de 2001 y 30 de noviembre de 2001, han señalado que el convenio arbitral no afectaría al carácter de «*ius cogens*» de las normas jurídicas aplicables sino, únicamente, al cauce procesal para resolver las contiendas .

Ver Texto

(68) En este sentido deberíamos pensar que si se ha pactado dicha cláusula y el cártel ha permanecido secreto la cuestión volvería a estar igualmente dudosa. En este sentido *CDC v. Kemira*, Helsinki District Court, 4/07/2013. En el mismo sentido *Kemirav. CDC*, Gerechtshof, Amsterdam, 21/07/2015.

Ver Texto

(69) Sentencia del District Court of Amsterdam de 04.06.2014, CDC Project 13 SA v. Akzo Nobel NV y otros., Asunto n.º. C/13/500953/HAZA 11-2560; Sentencia del District Court of Central Netherlands de 27.11.2013, East West Trading BV v. United Technologies Corp. and Others; Sentencia del District Court in Helsinki of 04.07.2013, CDC Hydrogen Peroxide SA v. Kemira Oyj. Citados por Živković, P. (2017). «Antitrust Arbitration in Europe (Part II): Improving Private Enforcement by Removing Procedural and Evidential Barriers in Arbitration.» *Kluwer Arbitration Blog*:

[http://kluwarbitrationblog.com/2017/06/03/antitrustarbitration-](http://kluwarbitrationblog.com/2017/06/03/antitrustarbitration-europe-part-ii-scope-effect-arbitration-clauses-microsoft-case/)

[europe-part-ii-scope-effect-arbitration-clauses-microsoft-case/](http://kluwarbitrationblog.com/2017/06/03/antitrustarbitration-europe-part-ii-scope-effect-arbitration-clauses-microsoft-case/) (20.07.2017).

Ver Texto

(70) Sentencia English High Court of 28.02.2017, Microsoft Mobile OY (Ltd) v. Sony Europe Limited et al., N.º. EWHC 374.

Ver Texto

(71) STJUE 21.05.2015, Asunto C-352/13 CDC Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al., ECLI:EU:C:2015:335.

Ver Texto

(72) Un análisis sobre esta sentencia se puede ver en K. Sadrak, «Arbitration Agreements and Actions for Antitrust Damages after the CDC Hydrogen Peroxide Judgment (2017)». *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2017, 10(16), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3159994>. Conforme a dicho autor la cuestión sigue todavía aún no resuelta.

Ver Texto

(73) Así es como se vio igualmente en el AAP de Madrid, Civil sección 28 del 25 de septiembre de 2015 (ROJ: AAP M 717/2015) que distingue entre acciones derivadas del contrato y acciones extracontractuales competenciales. En este caso consideró que la cuestión no estaba sometida a arbitraje en una cláusula como la siguiente: «Todas o cualquier disputa que surja de o en conexión con el presente acuerdo o de cualquiera de sus cláusulas...». No ocurrió así en los asuntos resueltos por el mismo Tribunal y por el

juzgado mercantil *a quo* (AAP, Civil sección 28 del 18 de octubre de 2013 CROJ: AAP M 1988/2013 y AJM, Mercantil sección 11 del 04 de mayo de 2011 CROJ: AJM M 89/2011), en donde la cláusula era del tenor siguiente: «Todas las Disputas cuya resolución no se someta a arbitraje de conformidad con las Cláusulas 15.4 y 15.5 se someterán en primer lugar, exclusivamente, a los tribunales de justicia de s’Hertogenbosch (Países Bajos).» En este caso la Audiencia Provincial acogerá el régimen de remisión a arbitraje en una cláusula mixta afirmando que «En cualquier caso, ya que se insiste en que, pese a ese innegable nexo, las acciones se fundarían en materia no susceptible de arbitraje, hemos de señalar que no pueden ser las normas que cita la recurrente (en concreto el Reglamento CE 1/2003 — art. 6— y el Reglamento CE 1400/2002 — arts. 3.6 y 5.a) las que apoyen su planteamiento.»

Ver Texto

(74) Sobre ello existe una amplia discusión doctrinal que se desarrolla en esa opción sobre la posibilidad de su apreciación de oficio. En este sentido y favorable a ello T. Pavelka (2012). «Antitrust Arbitration Review. The Czech Do It Differently: but how much?», disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2166073](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166073) 2012, p.10. Un desarrollo más profundo lo encontramos en Derains, Y. (2001). «Specific Issues Arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts», en C. Ehlerman, I. Atanasiu (eds), *European Competition Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Oxford, Hart Publishing., p. 323. También en D. Geradin, «The Power of Arbitral Tribunals to Raise Public Policy Rules *Ex officio*: The Case of EU Competition Law (June 15, 2016)». *TILEC Discussion Paper* No. 2016-027, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2796015> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2796015>

Ver Texto

(75) 86 ter 2 f): «De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia»

Ver Texto

(76) Si contienen este tipo de posibles pruebas las reglas IBA, Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), sin embargo no las contienen las reglas UNCITRAL, Arbitration Rules 2010, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>., ni tampoco las ICC, Rules of Arbitration, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rulesof-arbitration>

Ver Texto

(77) En similar posición Podemos encontrar la opinión de Raimundas, «The damages directive and consensual...» obra citada p.190:» Dado que los tribunales de arbitraje están obligados a respetar las disposiciones imperativas del derecho nacional, los tribunales arbitrales deberán hacerlo igualmente respecto de las pruebas establecidas en la Directiva sobre daños y perjuicios. Los tribunales arbitrales también podrían tener que modificar sus normas sobre dichas pruebas. Teniendo en cuenta todas las circunstancias mencionadas, está claro que la Directiva de Daños puede tener un efecto significativo en



los procedimientos de arbitraje.»

Ver Texto

(78) Acerca de los informes y dictámenes de las agencias véase Sanjuán, Enrique, «Los dictámenes e informes de las autoridades de la competencia en supuestos de defensa de la competencia (The Opinions and Reports of the Competition Authorities in Antitrust Cases)» (August 12, 2019). *Antitrust & Regulated Industries eJournals, Antitrust: Antitrust Law & Policy eJournal — CMBO*. Disponible <https://ssrn.com/abstract=3441261> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441261>

Ver Texto

(79) OECD, *Hearings, Arbitration and Competition*, DAF/COMP(2010), p. 10, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>.

Ver Texto

(80) Raimundas, «The damages directive and consensual...» obra citada p.188

Ver Texto

(81) <https://www.boatingbusiness.com/news101/industry-news/257052.article>

Ver Texto

(82) [https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2008/12/turf-tv-part-2-victory-for-the-bookmakers?cc\\_lang=en](https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2008/12/turf-tv-part-2-victory-for-the-bookmakers?cc_lang=en)

Ver Texto

(83) Son ejemplo de ello el Distrito Norte de California, el Distrito de Vermont y el Tribunal Superior del Condado de Orange, California. La ENE también se puede utilizar en los litigios de la administración federal y estatal. Por ejemplo, el sitio web de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos incluye una lista de organismos gubernamentales que ofrecen un programa de ENE. El Tribunal del Colegio de Abogados de California, que conoce de los casos de disciplina de los abogados, también ofrece un programa de ENE. En nuestro país el previo intento por ante el Decano que recogen algunos estatutos de la abogacía cuando existe un problema entre abogados del mismo colegio, puede ser también un ejemplo.

Ver Texto

(84) <https://www.vtd.uscourts.gov/early-neutral-evaluation-ene>

Ver Texto

(85) D. Zimmer y J. Höft, «Alternative Dispute Resolution in Antitrust Cases? On the Role of Mediation in US Antitrust and EU and German Competition Law (April 15, 2013)», *European Competition Law Review* 2013, 434-442, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2749037>.

Ver Texto

(86) Revised Proposed Final Judgment, *Microsoft*, 231 F. Supp. 2d 144 (Civ. No. 98-1232), Disponible en <http://www.justice.gov/atr/cases/f9400/9495.pdf>.

Ver Texto

(87) Pork Antitrust Litigation, Case No. 0:18-cv-01776 (the Direct Purchaser Plaintiff Action) in the U.S. District Court for the District of Minnesota. Véase aquí <https://porkantitrustlitigation.com/assets/docs/New%20Docs/Order%20Granting%20Claims%20Process.pdf>.

Ver Texto

(88) Asunto COMP/M.3868-DONG/Elsam/Energi E2. Disponible en [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3868\\_20060314\\_20600\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3868_20060314_20600_en.pdf)

Ver Texto

(89) Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un máximo de dos años en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de solución extrajudicial de la controversia relacionada con la citada pretensión.

Ver Texto

(90) En el mismo sentido se pronuncia Piszcz A, «*Well Begun is Half Done: Amendments to the Polish Legal Framework for Consensual Dispute Resolution Needed After Antitrust Damages Directive (2014/104/EU)*» *Białostockie Studia Prawnicze* 2017 vol. 22 nr 4, p.257, quien por ello entiende que la regulación polaca adolece de un defecto de armonización en este sentido.

Ver Texto

(91) Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.

Ver Texto

(92) El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

Ver Texto

(93) 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.

Ver Texto

(94) Modzelewska, «Consensual Dispute...», *loc. cit.*, p.65

Ver Texto

(95) A estos efectos en el año 2019 se aprobó igualmente una Guía sobre passing-on.  
[https://ec.europa.eu/competition-policy/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c\\_en?filename=damages\\_actions\\_quantification\\_practical\\_guide.zip](https://ec.europa.eu/competition-policy/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c_en?filename=damages_actions_quantification_practical_guide.zip)

Ver Texto

(96) Conforme a la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión

Ver Texto

(97)

Para Ribelles JM, «Acciones follow on.....», *loc. cit.*, p. 56, solo serían beneficiados con ello y con esa limitación a favor de quien obtiene la exención total del pago de la multa y no meras reducciones, es decir el primer delator.

Ver Texto

(98) Afirma en este supuesto M. Ribelles que no es necesario para ello perseguir a cada uno de los infractores y bastará hacerlo de forma similar al art. 1111 Cc y conforme la jurisprudencia fijada por ejemplo en la STS de 13 de mayo de 2004, *op. cit.*, p. 56.

Ver Texto

(99) Los Estados miembros velarán por que, en la medida en que la infracción del Derecho de la competencia causara un perjuicio a partes perjudicadas distintas de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución de un beneficiario de clemencia a otros infractores se determine en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.

Ver Texto

(100) Se trata de una acción de repetición como de hecho entiende la jurisprudencia al calificar el derecho del deudor solidario que paga, frente a los codeudores solidarios, derecho «para repetir» (STS 29-12-98 rec. 2272/94), «derecho de repetición» (STS 11 marzo 3002 rec. 3172/96), «acción de repetición» (STS 22 octubre 2009 rec. 504/05) o, en fin, «derecho a repetir» (STS 5 mayo 2010 rec. 858/05). Entendemos, con el art. 1145 Cc, que ello incluye no solo lo pagado sino los intereses igualmente del anticipo. Aunque el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 923/2007 de 24 de julio de 2007, Rec. 3198/2000 se refiere indistintamente a «la acción de regreso, de repetición, o reembolso o «*in rem verso*», fundada en la doctrina general de las obligaciones») ha venido utilizando las diferentes acciones de forma unívoca, en realidad podríamos decir que es puramente de repetición y no subrogación (dado que el pago determina que el tercero pase a ocupar la posición jurídica que tenía el acreedor satisfecho, adquiriendo el mismo crédito que este tenía contra el deudor, con todos sus

accesorios y garantías (art. 1210 Cc), tampoco de reembolso dado que se trata de que el solvens está facultado únicamente a reclamar del deudor lo que haya pagado sin su expresa oposición, siendo por tanto el crédito del solvens equivalente a la prestación realizada, e independiente del crédito que originariamente tuviera el primitivo acreedor (párrafo 2º del art. 1158 Cc) y tampoco de reembolso o de acción *in rem verso* (párrafo 3º del art. 1158 Cc) dado que en este caso lo que se hace es posibilitar al solvens que paga en contra de la voluntad del deudor para reclamar a éste, y no el importe de lo pagado, sino únicamente la medida en que el valor de lo abonado ha sido útil para el deudor y éste se haya enriquecido con el mismo.

Ver Texto

(101)

Entiende J.M. Ribelles, *op. cit.*, p.57, que nos encontraríamos ante un litisconsorcio pasivo necesario, algo que evidentemente no está previsto en la norma y que difícilmente se puede canalizar en supuestos consensuales. Entendemos que no necesariamente hay que demandar a todos los demás coinfractores.

Ver Texto

(102)G. Blanke and P. Landolt, «Prólogo» en G. Blanke y P. Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (Kluwer Law International, 2011) pp. cvii-cviii.

Ver Texto

(103)M. Driessen-Reilly, «Private damages in EU competition law and arbitration — a changing landscape»(2015) *Arbitration International*, <http://dx.doi.org/10.1093/arbint/aiv007>.

Ver Texto

(104)K. Szeredi LL.M. «Robbing Peter to pay Paul: How effectiveness concerns about EU antitrust arbitration could harm effective enforcement». *Concurrences ejournal, Awards 2020*. [https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/19.\\_robbing\\_peter\\_to\\_pay\\_paul.pdf?56480/0e67c94d17f398253641e74a43e571d6f7349328](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/19._robbing_peter_to_pay_paul.pdf?56480/0e67c94d17f398253641e74a43e571d6f7349328)

Ver Texto

(105)*Baxter International, Inc. v. Abbott Laboratories* 315 F.3d 829 (7th Cir. 2003)

Ver Texto

## El árbitro ante un procedimiento arbitral tensionado: entre la desafección y la falta de buena fe procesal de las partes

The arbitrator in a tense arbitration procedure: between disaffection and the parties» lack of procedural good faith

Hace tiempo que se empezó a vislumbrar que el arbitraje, que había surgido como una solución para resolver disputas sin batallas judiciales costosas y prolongadas, estaba empezando a parecerse más al problema que a la solución y que aquello que una vez fue un método rápido y rentable para resolver disputas comerciales internacionales, ahora, a menudo se atasca en procedimientos legales largos y costosos. En gran medida los responsables de esta perversión han sido las partes que, con sus comportamientos, han ido trocando el procedimiento arbitral en un procedimiento en que el principio de flexibilidad es usado de forma retorcida, provocando procedimientos tediosos y, en algunos casos, más largos, costosos e insatisfactorios que los procesos judiciales.

Procedimiento arbitral — eficiencia — costes excesivos — poderes de los árbitros

Some time ago it was seen that arbitration, which had arisen as a solution to solve disputes without expensive and long trials, was starting to look more like the problem rather than the solution. Arbitration, which once was a quick and profitable method to solve international trade disputes, now frequently turns into long and expensive legal procedures. The responsibility of this perversion falls mostly on the parties, who have turned arbitration into a procedure in which the flexibility principle is used in a twisted way. This leads to tedious procedures, which, in some cases, are longer and more expensive and unsatisfactory than trials.

Arbitration proceedings — efficiency — excessive costs — arbitrators» powers.



**María Rosa Gutiérrez Sanz**

*Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza. Árbitro*

### I. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ¿PARTE DE LA SOLUCIÓN O PARTE DEL PROBLEMA?

La identificación tradicional de tutela jurídica y tribunales de justicia empezó a resquebrajarse hace tiempo y, de forma evidente, a medida que aumentaba la litigación en los contextos de globalización y pérdida de fronteras. De manera cotidiana, nos enfrentamos a un incremento de la contratación

internacional y de conflictos jurídicos surgidos entre litigantes transnacionales o cuyo objeto son contratos internacionales. Ante este panorama, se ha profundizado en la búsqueda de la solución del conflicto de forma eficiente y eficaz y se ha recalado en mecanismos distintos de los clásicos que ofrecen los tribunales de justicia. Pero es más, en el ámbito interno, situaciones como la provocada por el Covid-19, que ha desencadenado inevitablemente más retrasos en la jurisdicción ordinaria y más disputas comerciales, ha supuesto también un impulso importante de los *alternative dispute resolution* (en adelante ADR).

De entre estas herramientas, el arbitraje poseedor de unas características especiales procedentes de su carácter heterocompositivo (1) y con reconocimiento como equivalente jurisdiccional (al menos en sus efectos) en la inmensa mayoría de los países, incluido el nuestro, se ha hecho merecedor de predilección, sobre todo en el ámbito de la contratación internacional, pero también a nivel nacional, aunque desde luego con mucha menor pujanza (2). De hecho, el arbitraje se ha consolidado como un factor de desarrollo pacífico del comercio internacional (3). Como algún autor (4) ha afirmado, la economía globalizada supone lanzar el reto al derecho y, en buena medida, este reto ha sido respondido por medio del arbitraje.

Los Estados han ido desarrollando también una política de creciente interés por atraer a su territorio la implantación de centros de pujanza internacional. De hecho, los países han entrado en liza por atraer un arbitraje que se ha convertido en un negocio de importancia. La actividad del legislador nacional en favor del arbitraje se ha desarrollado paralelamente a la entrada en vigor de las convenciones internacionales en la materia (5).

La expectativa de los Estados de que el arbitraje internacional contribuya al desarrollo de las relaciones económicas mediante la resolución rápida y pacífica de las controversias originadas en el marco de dichas relaciones ha justificado una creciente regulación que procura la ampliación de los poderes asignados al árbitro y básicamente al árbitro internacional. No hay que olvidar que tales poderes se reconocen con vistas a la consecución de objetivos que interesan a la comunidad de Estados, trascendiendo así los de las partes contendientes.

Sin embargo, hace ya bastantes años (6) que estamos asistiendo a una especie de crisis del arbitraje, una desafección provocada por un cúmulo de factores que amenazan con acabar con el puesto privilegiado que disfruta frente al resto de los ADR. El arbitraje debe medir sus fuerzas con una pluralidad de métodos, algunos propios de determinados sectores (7) y con otros de carácter general, como la mediación (8), auspiciada, esta última, por muchos países que la perciben como una fórmula idónea para la resolución de una pluralidad de conflictos y que, de forma lenta y silenciosa, puede terminar calando en el ámbito de la contratación internacional y sustituyendo el uso del procedimiento arbitral.

La inquietud de los usuarios por la falta de eficiencia y los costes excesivos del arbitraje no es una cuestión nueva pero sí cada vez más preocupante. Las instituciones arbitrales llevan mucho tiempo lidiando con la mejor manera de controlar los retrasos y los elevados gastos (9). En la ya clásica *Queen Mary International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* de 2015 (10) los encuestados respondieron afirmando que los grandes costes y la lentitud en el

arbitraje eran algunas de las peores características del arbitraje internacional. Se revelaba como turbador, ya que, de hecho, tradicionalmente el arbitraje era considerado el método de resolución extrajudicial al que las partes acudirían cuando necesitaran resolver un conflicto que, por su trascendencia económica y comercial, precisara de una solución expeditiva, ponderada sí, pero pronta, y que la rigidez del proceso judicial, sometido además a la posibilidad de varias instancias, no podía ofrecer.

Las quejas de los usuarios no solo no han desaparecido sino que, como se pudo observar, tanto en la octava encuesta empírica realizada por la Escuela de Arbitraje internacional en *Queen Mary University* de Londres, en 2018, como posteriormente en el estudio publicado en diciembre de 2020 sobre cuantificación de daños en arbitraje internacional *Damages awards in international commercial arbitration* (11) , la problemática planteada no solo persistía sino que se acrecentaba. En este estudio, tomando como referencia laudos de arbitrajes comerciales de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), se pudo advertir que los usuarios, además de considerar que estaban ante un procedimiento caro y falta de agilidad, pusieron de relieve su descontento con unos árbitros con escasos poderes efectivos para salvar los obstáculos generados por alguna de las partes durante el procedimiento y la poca transparencia sobre la eficiencia de las actuaciones arbitrales. De hecho, también es muy revelador que en la *Queen Mary International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world* de 2021, el 59 % de los encuestados expresaron su preferencia por la combinación entre el arbitraje y otra ADR, en comparación con el 49 % que así lo afirmó en la encuesta realizada en 2018 y el 34 % que lo hizo cuando fue consultado en 2015.

Es importante tener en cuenta que, en muchos casos, el que los costes de arbitraje se eleven de manera importante puede constituir un verdadero motivo de denegación de justicia (12) . De hecho, la constatación de este fenómeno ha generado iniciativas por parte del sector financiero que se han generalizado y calado en el ámbito del proceso arbitral (al igual que lo han hecho en otros ámbitos de la justicia (13) ), como la fórmula del tercero financiador (*the third party funding*) que, aunque puede favorecer el acceso a justicia arbitral, ha pasado de ser meramente instrumental a convertirse, en cada vez más casos, en una pieza esencial del procedimiento arbitral y, lo que es más alarmante, influir de forma decisiva dando lugar a multitud de problemas entre ellos la aparición de conflictos de intereses (14) . Lo cierto es que algunas grandes empresas han terminado excluyendo las cláusulas arbitrales en sus contratos y en otras muchas se ha adoptado un replanteamiento de la redacción de esos acuerdos, tanto en el espacio doméstico como en el internacional (15) .

Desde luego, no seríamos justos con el procedimiento arbitral si no asumiésemos una realidad que a ningún jurista se le escapa: el proceso judicial también está siendo objeto de reformas que lo hacen más complejo, pese a que lo que el legislador pretende es aligerar la tramitación, acortar los plazos, acelerar una justicia que, en muchos casos, se convierte en inoperante y que deja al justiciable ante la frustración de sus expectativas. Esa misma complejidad revestida de «simplificación» se filtra en el proceso arbitral (16) , apareciendo litigios multiparte, cláusulas híbridas o escalonadas que plantean problemas de aplicación, la incursión de terceros que sin ser parte tienen una enorme autoridad en la gestión del proceso, medidas que buscan el apresuramiento en la adopción de decisiones fundamentales para la marcha del proceso, transacciones económicas internacionales

que forman estructuras contractuales complejas, que no siempre aparecen vinculadas bajo una misma cláusula arbitral, complejos problemas específicos vinculados con la constitución del propio Tribunal Arbitral, etc. Y a todo ello se une un aspecto que, querámoslo o no, está en el núcleo de muchas de las actitudes que apreciamos en las partes: con carácter general, no existe segunda instancia (17). El arbitraje se define como *one shot proceeding*, aunque algunas instituciones intenten introducir salvaguardas a este hecho. Es cierto que los axiomas a los que está apegado el arbitraje pueden ser cambiados y las razones que en un momento determinado aconsejaron una cierta estructura procedimental pueden variar, se pueden alterar. No debemos sacralizar el proceso arbitral, como no lo hacemos con el judicial, donde se han insertado modificaciones impensables hace unos pocos años (18). No vamos a entrar aquí en tan polémica cuestión (19), de hecho ciertas instituciones de arbitraje incluyen en sus reglamentos una opción en favor de la segunda instancia, que se ha convertido en un elemento más a la hora de atraer «clientela» hacia su institución. Solo afirmamos algo incuestionable: la instancia única asusta a las partes, que perciben tal característica como una especie de pérdida de oportunidades, y los abogados se creen compelidos a emplear una especie de «juego duro», de tal forma que, una vez que se encuentran inmersos en el arbitraje, tienden a sacrificar la rapidez y la eficiencia del proceso en aras de conseguir demorar un posible laudo contrario a sus intereses, y lo hacen utilizando todo tipo de técnicas (20).

Por otra parte, el arbitraje ha sido víctima del fenómeno que se ha dado en llamar «judicialización del arbitraje» (21). Se habla de una *new litigation* en la que, de forma gradual, se procede a emular el proceso desarrollado ante los tribunales, consolidándose así un arbitraje cada vez más formalista, alejado de la flexibilidad que le es consustancial (22). Como acertadamente expone un árbitro en su encuesta de 2021 de la *Queen Mary University* de Londres, se percibe una especie de «formalidad» del arbitraje que, si se lleva demasiado lejos, puede llegar a privar a las partes de la eficiencia que esperaban cuando firmaron la cláusula de arbitraje. Frente a esta realidad, los encuestados destacaron la importancia de la flexibilidad como medio para ayudar a la eficiencia y reducir los costes, adaptando los procedimientos a las necesidades del litigio en cuestión, en lugar de adoptar procedimientos rígidos o excesivamente formalistas. Es más, un árbitro señaló que el arbitraje debería dejar de «tomarse tan en serio» (23).

Lo cierto es que hace ya bastante más de una década que se empezó a vislumbrar que el arbitraje que había surgido como una solución para las empresas internacionales que buscaban resolver disputas sin batallas judiciales costosas y prolongadas, estaba empezando a parecerse más al problema que a la solución y que aquello que una vez fue un método rápido y rentable para resolver disputas comerciales internacionales, ahora a menudo se atascaba en procedimientos legales largos y costosos. En realidad lo que se estaba produciendo era una desafortunada transferencia de las características propias de los litigios sustanciados ante los tribunales estadounidenses al ámbito del arbitraje (lo que de forma coloquial se ha dado en llamar «americanización» del arbitraje) (24). Precisamente aquello de lo que las partes huían cuando firmaban el convenio arbitral era lo que estaban fomentando. En gran medida los responsables de esta perversión han sido las partes que, con sus comportamientos, han ido trocando el procedimiento arbitral en un procedimiento lleno de formalismo con toda la carga negativa que tal calificativo pueda tener cuando se aplica al proceso. Lo cierto es que las formas deben ser siempre la exteriorización de los principios vigentes en el



proceso. Cuando los principios cambian, las formas deben desaparecer y ser sustituidas por otras que expresen congruentemente los nuevos principios. Una persistencia de formas que no responden a principios vigentes hace que el proceso se cubra de un formalismo vacío e insostenible (25). El procedimiento arbitral, regido por principios distintos del judicial, no puede en esencia responder a las mismas formas porque estaremos incidiendo en un formalismo puro que exclusivamente sirve para arrastrar a la institución hacia la ineficiencia. Como dijera P. Calamandrei en relación al proceso judicial, en el proceso debe darse una subordinación de los caracteres formales a las necesidades funcionales del procedimiento, y tal afirmación sirve claramente para lo que sucede en el procedimiento arbitral (26).

El arbitraje debe funcionar en una esfera distinta del proceso judicial, precisamente porque las reglas de juego de uno y otro son diferentes. Si las partes firman un convenio arbitral lo hacen porque quieren sustraer su conflicto del conocimiento de los tribunales y, de paso, evitar someterse a la rigidez del procedimiento judicial (27). Claramente es absurdo obviar el procedimiento judicial para intentar convertir el procedimiento arbitral en una copia de aquel. Tristemente, la experiencia está poniendo de relieve de forma inclemente, que tanto las partes, sus representantes, e incluso los propios árbitros cada vez más buscan una mal entendida seguridad jurídica en la aplicación literal de las normas procesales civiles, los instrumentos que son propios del proceso judicial y al final, esto se traduce en procesos arbitrales desnaturalizados, largos, caros y frustrantes para los usuarios del arbitraje (28).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional (29) partió de una visión del arbitraje muy centrada en la idea del «equivalente jurisdiccional, si bien, posteriormente, fue evolucionando hacia una concepción mixta en la que se reconocía la naturaleza contractual de la que surgía el arbitraje, sin perjuicio del carácter «jurisdiccional» de sus efectos (30). Este tránsito tuvo como consecuencia entender el arbitraje como un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (31), lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1º CE) (32) y cuyo vehículo de canalización es el proceso arbitral (33).

Como ha afirmado muy acertadamente Xiol Ríos (34), muchos de los problemas con los que el arbitraje se está enfrentando en los últimos tiempos provienen de la naturaleza que se le otorgue. Si se le considera como un sucedáneo del ejercicio de la potestad jurisdiccional que ejercen los Estados o si, por el contrario, el arbitraje constituye una institución con contenido propio, llamada a resolver conflictos principalmente de carácter económico, aunque no de manera exclusiva, cuya existencia se explica por la exigencia que imponen principios ligados a la organización social y a la dignidad de la persona y los grupos en que se integra.

Pero lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha tenido que manifestarse recientemente a través de resoluciones como la 17/2021, de 15 de febrero, y la 65/2021, de 15 de marzo para asentar precisamente un concepto básico pero que parece que había venido siendo olvidados por nuestros tribunales, y es el reconocimiento, como consustancial a la institución arbitral, de la «mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las

partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción (35).

La sentencia 17/2021 de 15 de febrero, el Tribunal Constitucional vino a reconocer que los excesos en el control judicial del laudo por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid bien pudieran estar amparados por la propia doctrina del Tribunal Constitucional al erigir el arbitraje como un «equivalente jurisdiccional», expresión que ha dado lugar a malentendidos evidentes. En tal sentido, el Tribunal Constitucional aclaró que la equivalencia solo se predica de los efectos de la decisión judicial y del laudo arbitral, ambas dotadas de efecto de cosa juzgada. Conforme a esta doctrina, la nueva adjetivación del arbitraje mercería ser más bien la de «alternativa jurisdiccional». En esta resolución, el Tribunal Constitucional señala que... *extender la idea del arbitraje como «equivalente jurisdiccional» más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos* (FJ 4).

Cuando las partes optan por el arbitraje para dirimir sus diferencias, renuncian a la tutela judicial y lo que obtienen no es una *pseudo-sentencia*, lo que obtienen es una resolución con sus características propias, que produce los mismos efectos que una sentencia en el sentido de cosa juzgada, es más, produce un efecto inmediato de cosa juzgada, lo cual también lo diferencia de la sentencia judicial. El sometimiento del laudo, como se ha venido haciendo últimamente, a revisión por parte de los tribunales, ensombrece la propia institución arbitral (36). Por eso, el laudo no puede ser en principio revisado directamente a la luz de la técnica que protege la constitucionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado *ex art.* 24.1º de la Constitución, sino a la luz del 37.4º de la Ley de Arbitraje (37).

Estamos totalmente de acuerdo con Merino Merchán (38) cuando afirma que «traspasar estos límites supone la banalización del arbitraje, porque repetimos similitud no es identidad o igualdad absoluta sino simplemente semejanza; pero semejanza no en su origen y medios sino solo en sus fines».

El arbitraje no pueda vivir de espaldas a la jurisdicción. La ausencia de *imperium* en el árbitro determina la necesidad de auxilio judicial para lograr la eficacia de sus acuerdos, pero en ningún caso es un sistema incrustado en el sistema judicial. Equiparar la exigencia de requisitos o garantías en el proceso arbitral y en el judicial es condenar al primero a ser una mera primera instancia del segundo y a despojarle de sus notas características (39). Sin lugar a dudas, nos hallamos ante un instituto con contenido propio y, por tanto, la aplicación abusiva de herramientas del procedimiento judicial al arbitraje tiene como efecto la aparición de un proceso menos eficiente y en ocasiones carente totalmente de las virtudes por las que las partes decidieron excluir la jurisdicción de los tribunales. No se puede concebir el arbitraje como una especie de jurisdicción de carácter privado, un proceso con el que se intentaría superar las dificultades provenientes de la Administración de Justicia. En definitiva, no cabe aspirar a reemplazar la actividad de los jueces en determinados campos sin asumir la condición de juez pero sin renunciar a los beneficios derivados del ejercicio de

sus facultades (40).

Aunque ha sido en el seno del arbitraje internacional donde más se ha profundizado en estos problemas, estos aparecen igualmente en el arbitraje doméstico. Es más, este último se enfrenta a una amenaza mayor en su pervivencia y buena salud porque, en el ámbito interno, el arbitraje mantiene su carácter de mera alternativa al proceso judicial y al resto de los medios de resolución de conflictos. No se trata, como en el ámbito internacional de la «única opción razonable», sino de una opción más, y para que esa alternativa sea atractiva no puede convertirse en un «clon» del proceso judicial pero sin los atributos propios de este y que le dotan, sin lugar a dudas, de unas fortalezas de las que carece cualquier método extrajudicial. Tal vez por eso, árbitros como Paulsson reconocen que son muchas las complicaciones que constituyen amenazas muy significativas para el arbitraje y manifiesta abiertamente que es necesario que *hagamos por lo menos que sus detractores se den cuenta de que sean cuales sean sus objeciones al arbitraje, el arbitraje internacional es algo distinto* (41).

Es innegable que la visión economicista del derecho, que impregna nuestro presente, tiene un reflejo claro en el arbitraje, y además sublimado porque estamos ante una importante industria, el negocio del arbitraje mueve grandes intereses e importantes sumas de dinero. El debate es cómo hacerlo, de qué manera imprimir la eficiencia buscada sin perder las garantías procesales y las características esenciales del arbitraje.

Las instituciones arbitrales crean, modifican, actualizan e intentan responder a las demandas de los usuarios impulsando fórmulas para salir de la espiral de desencanto, y lo hacen a través de recetas que favorezcan al máximo la rapidez del procedimiento (42) y la reducción en sus costes. En los últimos años lo que se ha buscado, a través de la redacción y modificación de reglamentos y normas procedimentales ha sido claramente reforzar la idea de un arbitraje más acelerado, más eficaz, adoptando medidas en muchos casos cuestionables y vaciando en cierto modo la propia esencia del procedimiento arbitral. Se ha tendido hacia una armonización de normas y se ha procedido a la incorporación de medidas que de alguna forma acrecienten el atractivo del arbitraje como método de resolución eficaz y eficiente. Medidas como la concentración de actuaciones, el acortamiento de los plazos, la restricción en los medios de prueba admisibles, la incorporación de medidas tecnológicas, la incorporación de la figura del árbitro de urgencia o de emergencia para adoptar medidas cautelares *ante causam* e, incluso, la desestimación de la demanda en un momento incipiente del proceso arbitral en el arbitraje de inversiones (43), son prevenciones que se encuadran en la nueva tendencia reformista de los reglamentos institucionales.

Pero, seamos realistas, celeridad y abaratamiento raramente se compaginan con calidad, y el arbitraje, si por algo debiera caracterizarse, es por la excelencia y la especialización. A buen seguro las partes no recurrirán a un arbitraje que sacrifique la calidad de sus resultados en aras de una mal llamada «eficiencia arbitral». Algún autor (44) ha denominado a esa aspiración de un menor coste, una menor duración y una mayor calidad del arbitraje la búsqueda del triángulo mágico arbitral o el «unicornio» del arbitraje (*But even though I really, really loved unicorns, I never believed in unicorns*), siendo consciente además de que, en la realidad, solo se podrá disponer de una o dos de esas características, pero nunca de las tres al tiempo. Como la propia CCI indica en su guía «Conducción

eficaz del arbitraje. Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes» (45) la rapidez y el bajo costo no pueden ser fines en sí mismos. La complejidad y el valor de la disputa deben ser tomados en cuenta. Un arbitraje es expedito y eficaz en términos de costos si el tiempo y el dinero destinados para la resolución de la controversia se adecúan a lo que está en juego. Es necesario realizar un análisis costo / beneficio en cada caso concreto para determinar si los costos de la medida procesal prevista están justificados.

## II. EL ÁRBITRO COMO GARANTE DE LA INTEGRIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Hace ya unos cuantos años que B.M. Cremades se manifestó afirmando que «el arbitraje ha dejado de ser un método para resolver disputas entre caballeros para convertirse en una gran industria en la que parece que la agresividad es una virtud para el abogado que defiende los intereses de la parte» (46).

---

En el momento actual, en el que la inteligencia artificial lo impregna todo y amenaza con suplir a jueces y árbitros por programas informáticos infalibles, queremos pensar que no hay artilugio capaz de suplir la voluntad y la inteligencia que proporciona una criatura humana

---

Tal vez esta triste afirmación nos haga reflexionar sobre el papel del árbitro. Para aceptar el encargo arbitral hay que tener vocación de resolver, valentía para resolver y, paradójicamente, también hay que tener temor de estar interviniendo profundamente en las vidas ajenas y, por lo tanto, el temor a equivocarse. En el momento actual, en el que la inteligencia artificial lo impregna todo y amenaza con suplir a jueces y árbitros por programas informáticos infalibles, queremos pensar que no hay artilugio capaz de suplir la voluntad y la inteligencia que proporciona una criatura humana (47). De ahí que creamos que el hombre convertido en árbitro, es un elemento fundamental y esencial del arbitraje. Pero hacer recaer toda la responsabilidad de la eficiencia y la calidad del arbitraje en el buen o mal hacer del árbitro entendemos que es tan falso como arriesgado. La búsqueda eficiencia del proceso arbitral se hace depender, de forma medular, de la actuación del árbitro y éste se halla, en muchos casos, ante difíciles encrucijadas.

En este contexto, las partes, como vértices de ese triángulo formado por los litigantes y el árbitro son, en muchos casos, el mayor impedimento para la efectividad que ellos mismos demandan. Echaremos mano de un concepto propio de la jurisdicción pero que tiene una mayor transcendencia, aun si cabe, en el ámbito del procedimiento arbitral que en el judicial: la buena fe y la lealtad procesal. La lealtad procedimental, entendida como la renuncia a cualquier táctica de sabotaje o dilación procesal, adquiere en el procedimiento arbitral una dimensión y una importancia superiores a las que tiene en el proceso jurisdiccional (48). Los litigantes, que firman un convenio arbitral (49), están sujetos a un deber en virtud del cual deben participar activamente en el procedimiento,

coadyuvando a que la resolución de las disputas se realice de manera expedita y eficiente en términos de costos (50) .

El arbitraje se fundamenta en un acuerdo sobre el procedimiento, y todos los acuerdos deben estar gobernados por el principio de la de buena fe. La ejecución de buena fe del pacto arbitral no puede limitarse a reconocer la validez del convenio de exclusión del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y la obligación de acudir a arbitraje, sino que exige que el comportamiento de las partes durante toda la pendencia del proceso se ajuste a los mandatos de buena fe.

El deber de someter las controversias a arbitraje de buena fe es vulnerado cuando indebidamente se ejerce coerción sobre los árbitros, cuando pruebas inútiles o impertinentes son aportadas al proceso con el único objeto de conminar al árbitro a tomar resoluciones que serán cuestionadas, cuando se plantean dudas sobre árbitros con el exclusivo propósito de retrasar el procedimiento, o cuando el procedimiento es demorado como consecuencia de la renuencia al pago de gastos arbitrales (51) . En definitiva, la buena fe es vulnerada cuando el principio de flexibilidad sobre el que pivota el procedimiento arbitral es retorcido y lanzado como arma contra la otra parte o contra el árbitro obstaculizando, dilatando y provocando, en definitiva, la famosa «americanización del arbitraje», la «táctica de guerrilla» dando lugar a procedimientos tediosos y en algunos casos, más largos, costosos e insatisfactorios que los procesos judiciales.

Algunas de las instituciones más importantes elaboran códigos de buenas prácticas en un intento de que las partes actúen en el proceso coadyuvando en la obtención de un proceso eficaz y eficiente. Así, por citar algún ejemplo, en la ya mencionada guía de la ICC «Conducción eficaz del arbitraje una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes» se reconoce como eje de su misión la de *brindar a los abogados internos y a otros representantes de las partes, tales como administradores y funcionarios públicos, un manual práctico para la toma de decisiones respecto a cómo conducir un arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de tiempo y costos, tomando en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. Esta guía también puede ser útil para los abogados externos que trabajen con los representantes de las partes.*

En esta situación, la función del árbitro se torna de una enorme complejidad. Es cierto que la función no parece en esencia más compleja que la de un juez. El árbitro debe dictar un laudo vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido, llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones del reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidos por las normas imperativas de la sede (52) . Sin embargo, la función es laberíntica en muchos casos porque los límites en los que debe desenvolverse su actuación y el mismo desarrollo de la actividad arbitral se topa cada vez con más escollos.

En la encuesta a la que ya nos hemos referido de la *Queen Mary University* de Londres de 2020 se pone de relieve una queja generalizada centrada en los árbitros (53) . No en las instituciones, ni en los reglamentos, ni en las leyes, sino en los árbitros. Las partes ponen de relieve la dudosa motivación de los laudos, pero básicamente se centran en la mala calidad de su intervención, la falta de una actitud firme que de impulso al procedimiento, la falta de flexibilidad, etcétera.

Lo cierto es que por muy buenas que sean las leyes de arbitraje, por muy buenos que sean los centros y por mucha colaboración y respaldo que se reciba de la Administración de Justicia, si el árbitro no realiza o no puede realizar adecuadamente su función, si no responde a las expectativas que las partes depositan en él, todo lo demás no sirve para nada. El encargo que asume no es solo laudar, sino hacerlo dentro de un procedimiento regido por unos principios imperativos irrenunciables. Es cierto que con mucha frecuencia el convenio incorpora por remisión un reglamento pero, aun así, el árbitro necesariamente deberá ejercer unas facultades muy extensas, y a la vez muy concretas y definidas (54), si quiere llegar al buen puerto de un laudo válido y ejecutable.

Los litigantes esperan del árbitro una actitud proactiva y «solicita» (55) porque presumen que la flexibilidad del procedimiento arbitral les conferirá una especie de «patente de corso» para contravenir, si lo desean, lo pactado respecto a la gestión procedimental. Cualquier tipo de freno a sus demandas puede ser interpretada como una vulneración de sus derechos, básicamente del derecho de defensa. Pero al mismo tiempo, las instituciones arbitrales y los propios litigantes, conminan al árbitro a mantener una actitud controladora y firme, a impedir que las partes se extralimiten en el uso de mecanismos dilatorios y sobre todo *a priorizar* en su actuación todo aquello que asegure la eficiencia, sometiéndole casi a la tiranía de garantizar la emisión de un laudo válido (56) y ejecutable dentro de un procedimiento lo más «acelerado» posible.

Con demasiada frecuencia los árbitros terminan sucumbiendo a las solicitudes de las partes porque, poniendo en una balanza los pros y los contras de denegar sus peticiones, acaban considerando que su admisión puede ahorrar mayores perjuicios para los litigantes y también, por qué no decirlo, para proteger su propia reputación. De hecho, admitir peticiones que puedan suponer alargar en el tiempo el proceso arbitral es, según esta forma de entender el proceso arbitral, menos perjudicial para las partes que asumir el riesgo de una anulación o una inejecutabilidad del laudo, que les llevaría a un nuevo litigio y, obviamente, a nuevos costes. Pero además, al árbitro le interesa de forma definitiva salvaguardar su prestigio (57), que puede quedar afectado si, adoptando una postura firme, es recusado por la parte descontenta o si al final su laudo es objeto de un procedimiento de ejecución o de anulación que puede afectar negativamente a su reputación en el mercado y cercenar la posibilidad de volver a ser nombrado en futuros arbitrajes (58).

Como consecuencia de esta situación aparece el fenómeno llamado «la paranoia del proceso debido» (59), que surge cuando el tribunal arbitral se muestra reticente a tomar decisiones en determinadas situaciones por temor a que, en su momento, el laudo sea impugnado alegando la parte condenada que se ha vulnerado su derecho al proceso debido, básicamente basado en la afirmación de que se ha cercenado su derecho de presentar su caso de forma completa.

### III. LAS FACULTADES DEL ÁRBITRO ANTE LA AUSENCIA DE BUENA FE PROCESAL Y LEALTAD DE LAS PARTES

#### 1. Excesos procesales y tácticas lícitas, no todo es lo mismo

Como se ha afirmado reiteradamente, no es posible identificar la figura del árbitro con la figura del

juez por más que los efectos de la decisión del árbitro, el laudo, sean, porque así lo ha reconocido el legislador, idénticos a los de una sentencia. El árbitro se encuentra en una posición absolutamente distinta de la del juez frente a la falta de buena fe procesal de los litigantes. Cuando un juez advierte que los incidentes, peticiones o escritos de las partes tienen como único objetivo dilatar o complicar la tramitación del proceso, pone fin a dicho comportamiento aplicando los mecanismos que el legislador le brinda, entre otros los previstos en el art. 247 LEC. El juez da por sentado que los litigantes vencidos solicitarán una revisión del fallo en la segunda instancia procesal o en impugnaciones sucesivas. Al juez no le atemoriza esa revisión de su sentencia porque sabe que personalmente en poco le puede afectar, más allá de asistir a una interpretación diferente de la suya de los hechos o de las consecuencias jurídicas de los mismos. Sin embargo, para el árbitro, que un laudo pueda ser impugnado por unos supuestos vicios procedimentales, alegando la conculcación del derecho a un proceso debido, es un hachazo en su carrera profesional, y esto lo saben los letrados de las partes y lo utilizan como un arma defensiva más en el proceso (60).

El árbitro, con bastante frecuencia, se ve sometido a una suerte de «yincana» que debe sortear para impedir que o bien el proceso se enquiste, obstruyendo la resolución del conflicto, o bien el laudo, una vez obtenido, sea objeto de una acción de anulación o de una denegación de ejecución. El árbitro actúa con miedo, y no diremos que ese miedo esté totalmente injustificado porque es consciente de las consecuencias que puede tener una actuación interpretada de manera inadecuada por una de las partes. El miedo irracional ha sustituido a la prudencia, y el sometimiento a los principios y a las garantías del proceso se ha transformado en una obsesión con tintes de auténtica paranoia.

---

Los árbitros se enfrentan en demasiadas ocasiones con los letrados que aplican los instrumentos propios del proceso civil incidiendo en la antes mencionada judicialización del arbitraje

---

No pretendemos realizar una defensa de la figura del árbitro o de los árbitros en su conjunto, sería tan arriesgado como innecesario, pero es menester, como ya indicara P. Lalive (61), no subestimar la importancia que en el buen desarrollo de un arbitraje tienen los abogados de las partes y las propias partes. No basta con atenerse al viejo adagio «tanto vale el árbitro, tanto vale el arbitraje», es realmente difícil obtener una solución satisfactoria «si el procedimiento es conducido por abogados poco competentes, ignorantes o de mala fe, y proclives a utilizar o abusar de todas las argucias técnicas que conocen ciertos «letrados».

Los árbitros se enfrentan en demasiadas ocasiones con los letrados que aplican los instrumentos propios del proceso civil incidiendo en la antes mencionada judicialización del arbitraje. Tal proceder se traduce en un alto nivel de «excesos procesales» en todas las etapas del procedimiento, a través de tácticas dilatorias de todo tipo y, por supuesto, a través de la recusación de árbitros y de impugnaciones infundadas de laudos arbitrales. No nos sustraemos a la tentación de mencionar, a

título de ejemplo, algunas causas que influyen de forma determinante en la pérdida de efectividad del procedimiento arbitral y que no son imputables al quehacer de los árbitros. Así, el entorpecimiento de la fijación de días en los que celebrar las vistas alegando agendas muy cargadas; la solicitud de trámites de alegación y presentación de documentos innumerables bajo la amenaza de que, de no concedérseles, se estará vulnerando el principio de contradicción o de defensa; la inclusión de pretensiones accesorias en momentos avanzados del proceso que, al amparo de la conformación del objeto del proceso y la atenuación de la preclusión, determinan el alargamiento de los tramites (62); el incumplimiento con las obligaciones que directamente les incumben, como es el pago de las provisiones de fondos, retrasos en la tramitación de algunos incidentes que dependen de las instituciones de arbitraje; la solicitud de audiencias que bien pudieran sustituirse por un intercambio adecuado de comunicaciones escritas, audiencias en que se reúnen un número elevado de abogados cuya presencia no está justificada y que al fin dilatan y encarecen el proceso; la excesiva presentación de testigos, a menudo innecesaria, o la proliferación de expertos que a veces no hacen más que confundir al tribunal, el planteamiento de dudas relativas a conflictos de intereses inexistentes; la utilización sistemática de recursos contra el laudo arbitral, convirtiendo la acción de anulación en una especie de segunda instancia... solo por nombrar algunas contingencias. Tras muchas de estas prácticas lo que se encierra es exclusivamente la estrategia de ganar tiempo o incluso, en el peor de los casos, crear un clima intimidatorio con respecto al árbitro, comportamiento que algunos denominan, de manera quizás excesiva, «terrorismo arbitral». Obviamente, estamos haciendo referencia a aquellos comportamientos abusivos, manteniendo un riguroso respeto por aquellas ocasiones en que las partes utilizan las herramientas que tienen a su disposición para exponer sus razonamientos y defender sus derechos (63).

Lo cierto es que es muy complicado evitar que todas estas actuaciones terminen pasando una seria factura tanto en la efectividad del proceso como a la credibilidad y el buen nombre de la institución del arbitraje.

Dentro del proceso de interactividad entre las partes y el árbitro es necesario observar como regla de conducta la buena fe y la lealtad procesal, esto es, la exigencia de un comportamiento coherente, honrado, justo y leal. Este comportamiento debe regir la actuación de todos aquellos que intervienen, en una posición o en otra en el proceso arbitral. Sin embargo, el árbitro se enfrenta, en demasiadas ocasiones, con una conducta contraria a la demandada buena fe procesal.

Los reglamentos y las directrices emanadas de las instituciones de arbitraje confieren al árbitro un cierto margen de maniobra para actuar en el proceso pero en muchas ocasiones ese margen no es bastante para contener las actitudes que podemos calificar de maliciosas. Es cierto que dentro de la comunidad arbitral parece haber un entendimiento general, aunque difuso, de que los árbitros, además de los poderes expresamente enumerados y definidos, gozan en cierta medida de poderes inherentes o implícitos. Esos poderes considerados «inherentes» estaban, ya desde su origen, vinculados a la necesidad del tribunal de sancionar la mala conducta (64); de hecho, los autores del Informe de la ILA (Conferencia de Washington, 2014) (65) reconocieron que las leyes de arbitraje de muchos países, así como los reglamentos institucionales, suelen conceder a los tribunales de arbitraje explícitamente una discreción sobre las cuestiones de procedimiento que no hayan sido



decididas por las partes, y que esa concesión general de las facultades discrecionales podría considerarse como un beneplácito de la autoridad necesaria para colmar las lagunas procesales (66). Ahora bien, como en ese mismo informe puede leerse, los tribunales de los distintos países no son unánimes a la hora de considerar que, si esos poderes existen, el único propósito que tienen es el de proteger la integridad de los procesos y resolver situaciones de real abuso de derecho.

La regla de la buena fe procesal (67) es uno de los mecanismos más eficaces para introducir un contenido ético moral en el ordenamiento jurídico, sin embargo dotar de contenido a este principio es un tema harto complicado (68) porque supone exigir a las partes una conducta que se eleva por encima de los meros intereses particulares, excluyendo cualquier actitud maliciosa que pueda frustra los fines del proceso. Nuestra jurisprudencia ha hecho suyo el término de buena fe procesal en algunas de sus resoluciones (69) y, en tal sentido, de forma expresa lo ha definido como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta, ejercitando el derecho en defensa de sus intereses de forma leal, respetando al contrario, y sin ánimo de engañar ni confundir ni de fraudar.

A la hora de valorar la buena fe procesal aparece la dificultad de conciliar el derecho fundamental del litigante de actuar en el proceso utilizando la estrategia procesal que estime más adecuada para hacer valer sus derechos y la obligación de evitar que esa estrategia procesal entre en el ámbito de la conducta maliciosa, abusiva o fraudulenta. El problema es claro: no siempre es fácil deslindar la agresividad o la astucia de la actuación maliciosa. Una cosa es la estrategia procesal, referida a la manera en que un letrado puede utilizar las herramientas que el procedimiento le otorga y operar dentro de la flexibilidad que impera en el arbitraje (70), y otra muy distinta utilizar de manera torticera esos mecanismos como cauce para otros fines. Si entendemos por buena fe procesal aquella conducta exigible a toda persona interviniente en un proceso socialmente admitida como correcta, parece razonable colegir que solo estaremos ante la vulneración de ese principio cuando la conducta no sea socialmente correcta, esto es, cuando la conducta vulnere los derechos fundamentales y valores e intereses protegidos constitucionalmente; básicamente por tanto estaríamos ante aquellos comportamientos que contraviniesen el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva (71). Ahora bien, también debe considerarse contrario a la buena fe las conductas que afectan al correcto desenvolvimiento del proceso. Como Chiovenda (72) mantenía, la buena fe también engloba la obligación de no sostener tesis de tal modo desprovistas de fundamento, la obligación de no sostener a sabiendas tesis contrarias a la verdad y la obligación de conducirse, respecto del juez y de la parte contraria, con lealtad y corrección.

La ejecución de buena fe del pacto arbitral no puede limitarse a reconocer la validez del convenio de exclusión del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y la obligación de acudir a arbitraje sino que exige que el comportamiento de las partes durante toda la pendencia del proceso se ajuste a los mandatos de buena fe. Lo cierto es que el respeto a la buena fe adquiere en el procedimiento arbitral una dimensión y una importancia igual o superior a la que tiene en el proceso jurisdiccional (73). Los litigantes, que firman un convenio arbitral están sujetos a una carga (74) en virtud de la cual deben participar activamente en el procedimiento de forma leal y coadyuvando para que el desenvolvimiento del proceso se realice de manera expedita y eficiente en términos de costos (75),

obviando todo tipo de actitudes maliciosas o desleales. Es cierto que este tipo de actitudes contrarias a la buena fe, que en algunos casos frisan el abuso de derecho (76), no son exclusivas del arbitraje, pero también es cierto que en el arbitraje pueden resultar más llamativas por cuanto estamos ante una institución que nació y permaneció durante un tiempo ajena a este tipo de conducta procesal reprochable. E. Gaillard (77) pone de relieve con preocupación que en los últimos años han surgido estrategias de litigio del peor tipo, que amenazan con socavar la reputación del arbitraje internacional como un medio eficaz y confiable para resolver disputas internacionales.

Es imposible, como lo es en el ámbito del proceso civil, penal, contencioso o laboral, enumerar las conductas que alteran la buena fe procesal. El análisis debe realizarse caso por caso, valorando un comportamiento concreto, ahora bien, y siguiendo con los ejemplos que antes ya hemos mencionado, es claro que la buena fe procesal se vulnera cuando indebidamente los árbitros son recusados con el único propósito de retrasar el procedimiento; cuando las partes batallan para que sean admitidos medios de prueba manifiestamente impertinentes o redundantes o reivindican innecesarios, por prematuros o repetitivos, trámites de alegaciones o conclusiones o, en relación con el convenio, cuando niegan la vigencia a una cláusula arbitral a pesar de sus claros términos (78); cuando solicitan la designación de peritos que luego rechazan sin causa justificada; cuando introducen un volumen de documentos innecesarios y en un momento procesal inadecuado; cuando intentan introducir hechos nuevos y nuevas peticiones con el afán de sorprender a la contraparte; cuando, en el momento de designación del árbitro, se articulan técnicas obstruccionistas o dilatorias (79); incluso hay ocasiones en que las partes hacen uso de los tribunales estatales como herramienta para entorpecer el conocimiento por parte del tribunal arbitral del proceso (80) ...La verdad es que los ejemplos son innumerables y todos ellos tienen en común la ausencia de un auténtico «espíritu de arbitraje», el abuso de tácticas propias de mediocres letrados que intentan utilizar en el proceso arbitral, animados sin duda por una mal entendida flexibilidad, lo que no osarían utilizar ante los tribunales estatales.

En general nos hallamos ante comportamientos que no llegan a suponer un abuso de derecho en sentido estricto. Siguiendo a Pico, *mientras la buena fe se enmarca en una relación especial entre las partes, en la que se impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, en el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho subjetivo o una norma, de los valores contenidos en ellos*. Así, el abuso de derecho se produce en contadas ocasiones. Lo que básicamente encontramos en el proceder de las partes no supone trasgresión de los límites del derecho sino el uso del derecho dentro de los límites fijados, no con *animus nocendi* sino con el ánimo de dilatar y entorpecer el proceso y, lo que es peor, crear situaciones que puedan favorecer la anulación del laudo en caso necesario.

## 2. Los poderes del árbitro ante el abuso procesal

El problema ante el que nos encontramos es la limitada capacidad de respuesta del árbitro frente a este tipo de conductas. Como al inicio decíamos, se reafirman las facultades inherentes de los árbitros con el fin de luchar contra los comportamientos patológicos que emanan de litigantes de mala fe, pero estas facultades no terminan de tener la contundencia que sería necesaria para disuadir sobre el uso de estos procedimientos. En el ámbito del proceso civil, el legislador sí otorga un

tratamiento a ese abuso, y la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el principio de buena fe procesal en el art. 247 e instaurado un sistema de multas a fin de asegurar que el principio de buena fe procesal no se convierta en papel mojado, sino que tenga la efectividad que, tristemente, solo una previsión coercitiva puede garantizar. Es cierto que el legislador pretende convencer de la necesidad de que las personas que intervienen en el proceso actúen de forma correcta, pero reconocemos que un precepto como el 247.3 puede tener un efecto mucho más convincente que la mera intimación sin consecuencias fácticas (81).

Algunas instituciones han previsto algunas fórmulas que pueden ser empleadas para, en la medida de lo posible, responder ante este tipo de comportamientos. Citaremos algunas a modo de ejemplo.

La *London Court of International Arbitration* (LCIA) fue pionera en publicar en 2014 una serie de disposiciones obligatorias sobre la conducta de los abogados en su reglamento institucional de arbitraje. La finalidad de las directrices generales contenidas en el Anexo *General Guidelines for the Parties» Legal Representatives»* es «promover la buena e igual conducta de los representantes legales de las partes que comparecen nominalmente en el arbitraje» (párrafo 1). El Anexo de la LCIA sanciona la obstrucción desleal del arbitraje (párrafo 2), se ocupa de las declaraciones falsas, las pruebas falsas y la ocultación de documentos (párrafos 3, 4 y 5), prohíbe las comunicaciones ex parte (párrafo 6) y faculta al tribunal arbitral para sancionar las faltas de conducta (párrafo 7).

De hecho, uno de los puntos centrales del Anexo de la LCIA es abordar e impedir que los representantes legales utilicen «tácticas de guerrilla» para obstruir o retrasar el procedimiento de arbitraje (párrafo 2). Un ejemplo de este tipo de conducta obstructiva que se menciona expresamente en el párrafo 2, es la reiterada recusación infundada de un árbitro o de la competencia del tribunal arbitral. Asimismo, hace referencia a los deberes de los representantes legales con respecto a la presentación de documentos (apartado 5), instándoles a que no oculten o ayuden a ocultar ningún documento cuya presentación haya sido ordenada por el tribunal arbitral.

Ahora bien, aunque en este Anexo se confiere la autoridad para sancionar la mala conducta de los representantes legales al tribunal arbitral, no a una institución externa independiente, las sanciones previstas son de gran liviandad. El tribunal arbitral puede emitir una amonestación por escrito, una advertencia por escrito remitido a su colegio profesional en cuanto a la conducta mantenida en el arbitraje, o cualquier otra medida necesaria para cumplir dentro del arbitraje con los deberes generales exigidos al tribunal arbitral bajo el Reglamento de la LCIA. Las dos primeras sanciones pueden quedar en papel mojado ya que una amonestación por escrito será confidencial entre las distintas partes implicadas en el arbitraje y difícilmente tendrá efecto disuasorio. La facultad de remitir al abogado a su organismo profesional o regulador por un claro incumplimiento de su código de conducta profesional existe de todos modos, pero además, se plantea el problema de que si un árbitro es nombrado por una parte, podemos estar ante la renuencia del árbitro a imponer ningún tipo de correctivo al abogado que le nombró si quiere ser nombrado por el mismo abogado en el futuro. De hecho, incluso los árbitros que no han sido designados por las partes pueden dudar en imponer sanciones a los abogados por el riesgo de limitar futuras designaciones.

Otro instrumento son las *IBA Guidelines on Party Representation* en las cuales se formulan 27

directrices sobre el correcto comportamiento de los representantes de las partes. Así, se prescribe que el representante de una parte no debe entablar una comunicación ex parte con el tribunal; no debe hacer ninguna declaración falsa de los hechos; debe informar al cliente para que conserve los documentos relevantes para el arbitraje; no debe hacer una solicitud de presentación de documentos u objetar a una solicitud con un propósito indebido; no debe ocultar documentos; no debe animar o invitar a un testigo a prestar una declaración falsa...,etc.

Las sanciones de que dispone el tribunal por la mala conducta del abogado son amonestar al representante de la parte; hacer inferencias adversas al evaluar las pruebas o los argumentos presentados por el representante de la parte; considerar la mala conducta al repartir las costas del arbitraje; o cualquier otra medida que el tribunal considere necesaria «para preservar la equidad y la integridad del procedimiento».

Aquí las medidas son de mayor calado, pero hay que recordar que carecen de carácter obligatorio, de tal forma que sólo pueden regir a los abogados en un arbitraje si las partes están de acuerdo en optar por ellas. Se trata de un código de conducta voluntario. Un tribunal también podría aplicarlas tras consultar con las partes, pero la mayoría de los tribunales buscarían un acuerdo antes de hacerlo (82).

En un sentido muy similar y con igual carácter de sugerencia que las directrices vistas, el código de buenas prácticas arbitrales del Club Español del Arbitraje, dentro de la Sección Cuarta de las Recomendaciones, también prevé que los abogados habrán de actuar, en todo momento, con integridad y honestidad, haciendo todo lo posible para que el procedimiento arbitral se conduzca de manera expedita y eficaz en términos de tiempo y coste. Dispone asimismo, en su parágrafo 132, que si un abogado incumple alguno de los deberes tipificados en esta los árbitros, tras oír a ambas partes y al abogado, podrán adoptar alguna de las siguientes medidas: a) amonestar al abogado por escrito o verbalmente; b) hacer inferencias negativas al valorar la prueba; c) tener en cuenta su conducta al imponer las costas; d) comunicar los hechos a los Colegios Profesionales en los que el abogado esté inscrito, a fin de depurar responsabilidades deontológicas; y e) adoptar cualquier otra medida para preservar la integridad del procedimiento.

---

### Los árbitros deben reservar la mentalidad autoritaria para ejercerla solo cuando sea necesario

---

El tema es altamente delicado. La cultura del arbitraje reconoce que el ejercicio del poder del árbitro, y por extensión su discrecionalidad, surge de la voluntad de las partes, si bien no todos los poderes que ejercen derivan de forma exclusiva del consenso de estas sino que existe un buen número de poderes implícitos o inherentes que puede y debe ejercitar. Es cierto que el árbitro internacional ha logrado una notable autonomía jurídica, sin embargo el proceso de emancipación que se ha ido generando tiene como única finalidad mejorar su capacidad de cumplir la misión que se le encomienda, pero en cualquier caso, justificando razonadamente la elección de las reglas que en

cada caso utiliza (83) .

Los árbitros deben reservar la mentalidad autoritaria para ejercerla solo cuando sea necesario; antes bien, deben adoptar una perspectiva básicamente interactiva en la gestión del proceso en aras de garantizar el resultado buscado por las partes: una resolución justa, rápida, económica y definitiva del conflicto (84) . Al mismo tiempo, hemos de ser conscientes de que si los árbitros no toman las riendas del proceso con una actitud prudente pero valerosa, si muestran conductas que pueden ser interpretadas como muestras de debilidad e inseguridad, inevitablemente el arbitraje está abocado a dejar de ser una herramienta de resolución del conflicto para pasar a integrar el conflicto mismo puesto que, al conflicto inicial se sumaran los que surjan por efecto de la mala fe procesal y la maquinación obstruccionista de las partes.

Lo cierto es que es necesario buscar un equilibrio entre la discrecionalidad y la flexibilidad (85) . Las solicitudes caprichosas de las partes provocarán unas resoluciones motivadas de las que habrá que dar traslado a la otra parte, para que también se pronuncie sobre lo requerido, encadenando etapas procesales que poco aportarán a la consecución eficaz del proceso. En definitiva, se produce un «derroche» de trabajo y de energías tanto en las partes como en el árbitro. Pero además, cada una de estas actuaciones elevará las costas del proceso de forma importante, porque tanto los abogados como el propio árbitro facturarán todo ese trabajo realizado. La experiencia ha demostrado que muchas partes se comportan mucho peor ante los tribunales de arbitraje que ante los tribunales estatales, y esto se produce porque detectan una mayor debilidad en aquellos y además perciben que, en muchas ocasiones, ese comportamiento les acarrea beneficios y ninguna sanción.

Pero se debe tener mucha moderación, porque no se puede acabar con la mala *praxis* de algunos convirtiendo el procedimiento arbitral en un proceso formalista ajeno a la institución y que le vacía de contenido hasta hacerlo inservible a sus propios fines. Ya lo hemos dicho antes, lo que en definitiva debe lograrse es garantizar los valores estrechamente asociados con la práctica del arbitraje y su eficacia, sin perder los valores extrínsecos a los que el sistema jurídico en su conjunto concede una importancia fundamental (86) , y eso depende no de elaborar cada vez más normas sino de volver a la esencia del arbitraje, ese método de resolver disputas entre caballeros que evocaba B.M. Cremades (87) . Ya hace dos décadas, W.W. Park se preguntaba si la elaboración de normas procesales categóricas podrían crear más problemas de los que resuelven, dando la impresión de una «justicia *ad hoc*» que perjudica la percepción de la legitimidad del proceso de resolución de disputas (88) .

## BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., «Principios de igualdad, audiencia y contradicción», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (BARONA VILAR, S. Dir.), Madrid, 2011.

BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, 2018.

- BAYKITCH AM, A. y BAO, E., «A return to innate arbitration culture: implications from a cost and efficiency perspective», *Arbitration International*, 2019, n.º.35.
- BÉDARD, J., NELSON, T. G, KALANTISKI, R. A., «Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process», *Les Cahiers de l'Arbitrage, The Paris Journal of International Arbitration*, n.º 3, 2010.
- 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», *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XIV, 2017
- BERNARDINI, P., «The Role of the International Arbitrator», *Arbitration International*, Vol. 20, n.º. 2, 2004.
- BONET NAVARRO, A., *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal según el nuevo Código*, I, Buenos Aires 1996.
- CALDERON CUADRADO, M.P., «Arbitraje e insuficiencia económica sobrevenida», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 55, 2021
- CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 2005.
- CLAY, T., «El mercado del arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, n.º. 1, 2014.
- CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Pamplona, 2010.
- CREMADES SANZ PASTOR, B. y MAGDALENA, I., «La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional», *Arbitraje*, Vol.3, n.º. 2, 2010.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., «Facultades del árbitro internacional en materia de prueba», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º.363, 1998.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., «Multi-Party Arbitration in the New ICC Rules», *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º. 14, 2012.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., «The Use and Abuse of «Due process» International Arbitration», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IX, n.º.3, 2016.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., «Overcoming the Clash of Legal Cultures: the Role of Interactive Arbitration», *Arbitration International*, Vol.14, n.º. 2, 1998.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B., «El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española», *Lima Arbitration*, vol. 1, 2006.

DEL PRATO, E., «Los poderes innominados de los árbitros», *Revista PUCP*, n.º. 80, 2018.

ESPLUGUES MOTA, C., «¿Eficiencia v. Justicia en el plano arbitral: dilema ficticio o selección unidireccional? En torno a la figura de la desestimación temprana de la demanda», *Justicia poliédrica en período de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad* (Ed. Barona Vilar), Valencia, 2022.

ESPLUGUES MOTA, C., «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista Argentina de Arbitraje*, 2020, n.º.1.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», *Revista de Derecho UNED*, 2010.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., «La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales», *Anuario de justicia alternativa*, n.º 13, 2015.

FERNÁNDEZ ROZAS J. C., «La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar en *Anuario de Arbitraje*, 2019.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Variables de la práctica de designación de los árbitros por un tercero», *LA LEY: Mediación y arbitraje*, n.º 7, 2021.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI*. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021) (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021

FERNANDEZ ROZAS. J.C., «Abuso del procedimiento arbitral y debido proceso», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 10, 2022.

FULLERTON, R., «Med-arb and its variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals», *Dispute Resolution Journal* May-Jul2010, Vol. 65 Issue 2/3.

GAILLARD, E., «Abuse of Process in International Arbitration», *ICSID Review*, 2017, vol. 32, 1.

GERBAY, R., «Due process Paranoia», en *KluwerArbitration Blog*, June 2016.

GOEL SHIVAM, S., ««MED-ARB»: A Novel ADR Approach», *SSRN Electronic Journal*, julio, 2016.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales y tutela judicial efectiva: la anulación del laudo no es una segunda instancia (a propósito de las SSTC 17 y 65/2021)», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 23, n.º. 2, 2020.

GUTIERREZ SANZ, M.R, *Mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito de la construcción. Eficacia y eficiencia*, Pamplona, 2020.

- HANOTIAU, B., «International Arbitration in a Global Economy: Challenges of the Future», *International Arbitration*, Vol. 28, n.º. 2, 2011.
- HERNANDEZ-GIL ALVAREZ CIENFUEGOS, A., «Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones», *Veinticinco años de arbitraje en España* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, 2015.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., «El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretando el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales», *El notario en del S XXI*, n.º 100, noviembre-diciembre 2021.
- JHANGIANI, S., «How Far do the New LCIA Guidelines for Parties» Legal Representatives and the IBA Guidelines on Party Representation go?», *Kluwer Arbitration Blog*, May 21, 2014.
- KIRBY, J., «Efficiency in Arbitration: Whose Duty Is It?», *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º.6. 2015.
- KRÖLL, S., «Inherent and Implied Powers of the Arbitral Tribunal in Connection with Cost-Related Decisions», *Inherent Powers of Arbitrators en Inherent Powers of Arbitrators*, 2019.
- KURKELA, M. S. Y TURUNEN, S., *Due process in International Commercial Arbitration*, Oxford , 2010.
- LALAGUNA HOLZWARTH, M., «La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los adr tradicionales», *LA LEY: Mediación y arbitraje*, n.º 4, 2020.
- LALIVE, P., «Dérives arbitrales (II)», *Bull. ASA*, vol. 23, 2005.
- LAU, C. y HORLACH, C., «Party Autonomy — The Turning Point?», *Dispute Resolution International*, 4, 2010 .
- MAGRO SERVET, V., «Proyección en el metaverso de la Administración de Justicia en la solución de conflictos», *Diario La Ley*, N.º 10071, 18 de mayo de 2022
- MERINO MERCHÁN, J. F., «Similitud y disimilitudes entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *LA LEY: Mediación y arbitraje*, n.º 2, Sección Doctrina, 6537/2020.
- NUVIALA LAPIEZA, I., *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción: un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*, Pamplona, 2020
- PARK, W. W., «Arbitration in Autumn», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, August 2011.
- PARK, W. W., «The 2002 Freshfields Lecture — Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion», *Arbitration International*, vol. 19, n.º 3, 1 September 2003.



- PAULSSON, J., «International Arbitration is Not Arbitration», *Stockholm International Arbitration Review*, 2008.
- PICO I JUNOY, J., *El principio de buena fe procesal*, Barcelona, 2013.
- PRUJINER, A., «L'arbitre et le droit», *McGill J. Disp. Resol.*, vol. 1, n.º. 1, 2014.
- REDFERN, A., «Stemming the Tide of Judicialisation of International Arbitration», *World Arbitration and Mediation Review*, 2008 Vol. 2, n.º. 5.
- RIVERO GONZÁLEZ, M., «Lealtad procedimental: conducta de los abogados representantes de las partes», en *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia, Titrant lo Blanch, 2019.
- ROSOFF, J., «Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings», *Journal of International Arbitration*, Feb. 2009, vol. 26, n.º 1.
- SAHA, S.Y SHUKLA, S., «Resurrecting the debate on «due process paranoia» in Centrotrade: Paranoia or Judiciousness?», *Arbitration International*, 2020, nº.36.
- SALAS SANCHEZ, 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 17/2001, de 15 de febrero», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 6. Especial Monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», 1 de abril de 2021.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo, Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional». *LA LEY: Mediación y arbitraje*, 2021, n.º. 7.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral», *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 102, 2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007 (J.C. Fernández Rozas, ed.), *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 102, Madrid, 2006.
- SEIDENBERG, S., «International Arbitration Loses Its Grip», *ABA Journal*, 1.4. 2010.
- THEODULOZ, S., ««Third Party Funding»; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional», *Revista de Derecho*, n.º.20, 2019.
- XIOL RIOS, J.A. «El arbitraje en la Constitución», en *Veinticinco años de arbitraje en España* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, 2015.

(1)

S. Barona Vilar, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, 2018, p. 119.

Ver Texto

(2) Pueden verse algunos datos estadísticos: [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/>].

Ver Texto

(3) P. Bernardini, «The Role of the International Arbitrator», *Arbitration International*, vol. 20, n.º. 2, 2004, p. 115.

Ver Texto

(4) Vid... B. Hanotiau, «International Arbitration in a Global Economy: Challenges of the Future», *International Arbitration*, vol. 28, n.º. 2, 2011, pp. 89-103.

Ver Texto

(5) B. Cremades Sanz-Pastor, «Overcoming the Clash of Legal Cultures: the Role of Interactive Arbitration», *Arbitration International*, vol.14, n.º. 2, 1998, p.157.

Ver Texto

(6) *Hasta los años cincuenta, el arbitraje comercial internacional también ofrecía ventajas en términos de tiempo y costo. A pesar de los progresos e innovaciones en el arbitraje internacional, el tiempo y especialmente el costo se han convertido en las peores características de este mecanismo de resolución de disputas, hasta el punto de anular — si no sobrepasando de manera decisiva — sus beneficios para las controversias más pequeñas. El comercio internacional de menor valor es, en efecto, tasado fuera del recurso al arbitraje internacional; y carente de alternativas efectivas*, H. R. Virjee, «Activación de arbitraje: cuatro principios Delos para lograr un arbitraje internacional justo y eficiente», en *Delos Dispute Resolution*, 2017, p. 1 y 2.

Ver Texto

(7) Vid... I. Nuviola Lapieza, *Los Dispute Boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción: un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*, Pamplona, 2020; M.R. Gutiérrez Sanz, *Mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito de la construcción. Eficacia y eficiencia*, Pamplona, 2020.

Ver Texto

(8) Vid... al respecto J. Rosoff, «Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings», *Journal of International Arbitration*, vol. 26, n.º 1 2009; M. Lalaguna Holzwarth, «La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los adr tradicionales», *La Ley mediación y arbitraje*, n.º 4, 2020; R. Fullerton, «Med-arb and its variants: Ethical Issues for Parties and Neutrals», *Dispute Resolution Journal* May-Jul2010, Vol. 65 Issue 2/3; S. Goel Shivam, ««MED-ARB»: A Novel ADR Approach», *SSRN Electronic Journal*, julio 2016.

Ver Texto

- (9) Vid... Informe de la Comisión de la CCI, «Controlling Time and Costs in Arbitration» (2007) (Disponible en [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>]).

Ver Texto

- (10) Vid... «2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration», *School of International Arbitration (Queen Mary, University of London) and White & Case*. (Disponible en [<https://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovation>])

Ver Texto

- (11) Disponible en [<https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/documents/trends-in-international-arbitration-damages-awards.pdf>]

Ver Texto

- (12) Vid... M.P. Calderón Cuadrado, «Arbitraje e insuficiencia económica sobrevenida», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 55, 2021.

Ver Texto

- (13) Los problemas sobre este tipo de negocio se producen igualmente en el ámbito del proceso civil donde se pone de relieve también la prevalencia del interés del inversor sobre el de la parte, y la imposición de un determinado tipo de conducta, utilizando a veces el proceso para desprestigiar a la otra parte o debilitar a un competidor. De hecho, el art. 10 de la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, en sede de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, prevé que los Estados miembros deben velar para que, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, se eviten los conflictos de intereses. Se incide en la necesidad de adoptar mecanismos necesarios para minimizar la influencia indebida del financiador en las decisiones que tomen las partes y que el proceso no se convierta en un arma para acabar con el competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador. J.F. Herrero Perezagua, «Crisis y medios tecnológicos: razón y ocasión para la reforma del proceso», J. Sigüenza López (dir.) director *Proceso civil y nuevas tecnologías*, p. 122.

Ver Texto

- (14) S. Theoduloz, «Third Party Funding»; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional», *Revista de Derecho*, n.º 20, 2019, pp. 168 ss. En la reforma realizada en 2014 en la redacción de la Pautas de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional también se abordó la cuestión de la divulgación de acuerdos de financiación de terceros en el contexto de la imparcialidad e independencia de los árbitros, colocando a los aseguradores y financiadores externos al

mismo nivel que a las partes con un «interés económico directo en la victoria del proceso.» También puede observarse una incorporación importante a la 2021 Reglas de la CPI, con el objetivo de aumentar la transparencia de los procedimientos arbitrales de la CCI, al redactar el párrafo 7 del art. 11 e imponer un nuevo, deber explícito a las partes de revelar cualquier acuerdo de financiamiento externo que hayan celebrado.

[Ver Texto](#)

(15) A. Baykitch Am y E. Bao, «A return to innate arbitration culture: implications from a cost and efficiency perspective», *Arbitration International*, 2019, n.º.35, p. 57.

[Ver Texto](#)

(16) Sobre su problemática, *vid...* B. Cremades Sanz-Pastor, «Multi-Party Arbitration in the New ICC Rules», *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º. 14, 2012, págs 23-31.

[Ver Texto](#)

(17) *Cf.* F. Cordón Moreno, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Pamplona, 2010, pp. 39-49.

[Ver Texto](#)

(18) T. Clay, «El mercado del arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 7, n.º. 1, 2014, pp. 15-35

[Ver Texto](#)

(19) Sobre esta cuestión *vid..* J. C. Fernández Rozas, «La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar en *Anuario de Arbitraje*, 2019, p.455 y ss

[Ver Texto](#)

(20) B. Cremades Sanz-Pastor, «Facultades del árbitro internacional en materia de prueba», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º.363, 1998, p. 7.

[Ver Texto](#)

(21) *Vid...* A Redfern, «Stemming the Tide of Judicialisation of International Arbitration», *World Arbitration and Mediation Review*, vol. 2, n.º. 5, 2008.

[Ver Texto](#)

(22) Sobre el particular se puede ver el estudio realizado por J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 48 ss.

Ver Texto

(23) Queen Mary y White and Case, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, *International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, pag 14 de la encuesta en traducción libre de la autora.

Ver Texto

(24) S. Seidenberg, «International Arbitration Loses Its Grip», *ABA Journal*, 1.4. 2010, disponible en: [[https://www.abajournal.com/magazine/article/international\\_arbitration\\_loses\\_its\\_grip/](https://www.abajournal.com/magazine/article/international_arbitration_loses_its_grip/)].

Ver Texto

(25) A. Bonet Navarro, *Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981, pp. 199 y 204.

Ver Texto

(26) P. Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal según el nuevo Código*, I, Buenos Aires 1996, p.383.

Ver Texto

(27) J.M. González García, «Límites del control jurisdiccional de los laudos arbitrales y tutela judicial efectiva: la anulación del laudo no es una segunda instancia (a propósito de las SSTC 17 y 65/2021)», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 23, n.º. 2, 2020, p. 344.

Ver Texto

(28) *Vid.* al respecto J.C. Fernandez Rozas, «La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales», *Anuario de justicia alternativa*, n.º 13, 2015.

Ver Texto

(29) SSTC 43/1988, de 16 de marzo; 233/1988, de 2 de diciembre; 15/1989, de 26 de enero; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre; 176/1996, de 11 de noviembre.

Ver Texto

(30) STS 78/2016, de 6 de octubre

Ver Texto

(31) *Vid.* B. Cremades Sanz-Pastor, «El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española», *Lima Arbitration*, vol.1, 2006, pp. 196 ss.

Ver Texto

(32) SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4; y 9/2005, de 17 de enero, FJ 2). El voto particular de Xiol Ríos en la STC 1/2018, de 11 de enero, mantiene que estamos ante una institución con contenido propio, que no encuentra asiento en el art. 24 CE sino en el art. 1 o CE, que proclama la dignidad y autonomía de la

persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE.

[Ver Texto](#)

(33) S. Barona Vilar, «Principios de igualdad, audiencia y contradicción», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (S. Barona Vilar, Dir.), Madrid, 2011, p. 1122.

[Ver Texto](#)

(34) J.A. Xiol Rios, «El arbitraje en la Constitución», en *Veinticinco años de arbitraje en España*, J.C. Fernández Rozas (Coord.), Madrid, 2015. p.51.

[Ver Texto](#)

(35) J. M. González García, «Límites del control jurisdiccional...», *loc. cit.*, p.355.

[Ver Texto](#)

(36) En este sentido S TJ de Madrid n.º 1/2016 de 13 de enero, con cita además de la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo n.º 429/2009, de 22 de junio, y en el que se afirma lo siguiente: «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 la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988 y 7 de junio de 1990).»

[Ver Texto](#)

(37) *Vid.* S.A. Sánchez Lorenzo, « Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo, Anulación parcial de laudo en equidad contrario al orden público por falta de motivación: la mal entendida equivalencia jurisdiccional». *La Ley mediación y arbitraje*, 2021, n.º. 7, p. 15, R. Hinojosa Segovia, «El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretando el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales», *El notario en del S XXI*, n.º 100, noviembre-diciembre 2021.

[Ver Texto](#)

(38) J.F. Merino Merchán, «Similitud y disimilitudes entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *La Ley mediación y arbitraje*, N.º 2, 2020.

[Ver Texto](#)

(39) P. Salas 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 17/2001, de 15

de febrero», *La Ley Mediación y Arbitraje*. n.º 6. Especial Monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», n.º 6, 1 de abr. de 2021, p.14.

Ver Texto

(40) J.A. Xiol Rios, «El arbitraje en la...», *loc. cit.*, p. 51.

Ver Texto

(41) J. Paulsson, «International Arbitration is Not Arbitration», *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, p. 18.

Ver Texto

(42) Prácticamente todos los reglamentos prevén procesos arbitrales acelerados o abreviados. La búsqueda del acortamiento de los tiempos de sustanciación del procedimiento es una tónica habitual pero habrá que plantearse si las consecuencias de esta política son beneficiosas para la buena salud del arbitraje. Vid... C. Esplugues Mota, «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista Argentina de Arbitraje*, 2020, n.º.1.

Ver Texto

(43) C. Esplugues Mota, «¿Eficiencia v. Justicia en el plano arbitral: dilema ficticio o selección unidireccional? En torno a la figura de la desestimación temprana de la demanda», *Justicia poliédrica en período de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad* (Ed. Barona Vilar), Valencia, 2022, p. 351 ss.

Ver Texto

(44) J. Kirby, «Efficiency in Arbitration: Whose Duty Is It?», *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º.6. 2015, p. 689.

Ver Texto

(45) Disponible en [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>].

Ver Texto

(46) B. Cremades Sanz-Pastor, «The Use and Abuse...», *loc. cit.*, p. 671.

Ver Texto

(47) En tal sentido dice Magro Servet: «El metaverso puede actuar, en consecuencia, como un campo de juego experimental con pocos y reducidos riesgos y con una traslación de la teoría a la práctica sin riesgo alguno del fracaso y evitar el coste del esfuerzo de los ejecutores del proyecto, cuando se puede aprender de este metaverso para evitar errores a la hora de ejecutar en la realidad práctica el proyecto de la nueva configuración de la oficina judicial....Lo mismo cabe decir de la nueva configuración del modelo de solución de extrajudicial de conflictos con la mejora de la mediación, el arbitraje, los actos de

conciliación y la nueva figura introducida en el proyecto del experto independiente como jurista que podrá ofrecer sus servicios a las partes de un conflicto, también asistidas por letrado/a, acerca de cuál es el informe o posición jurídica que adopta el experto independiente, según el caso expuesto ante el mismo, y las pruebas aportadas.

Todo esto podría desarrollarse, también, con la creación de figuras virtuales que experimenten con la solución extrajudicial de conflictos y calcular tiempos medios de solución, posibilidades de resolución de estos conflictos, puntos de vista que se pueden plantear, materias que en el metaverso pueden ser introducidas en la mediación y porcentajes de éxito y fracaso de los mismos», V. Magro Servet, «Proyección en el metaverso de la Administración de Justicia en la solución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 10071, 18 de mayo de 2022, p. 8.

[Ver Texto](#)

(48)

M. Rivero González, «Lealtad procedimental: conducta de los abogados representantes de las partes», en *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, F. Ruiz Risueño, y J.C. Fernández Rozas (coordinadores), Valencia, 2019, p. 401.

[Ver Texto](#)

(49) En tal sentido *vid.* A. Fernandez de Bujan, «El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos», *Revista de Derecho UNED*, 2010.

[Ver Texto](#)

(50) M. S. Kurkela y S. Turunen, *Due process in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010, pp. 68-69.

[Ver Texto](#)

(51) J. Bédard, T. G. Nelson, R. A. Kalantiskit, «Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process», *Les Cahiers de l'Arbitraje, The Paris Journal of International Arbitration*, nº 3, 2010, p. 738.

[Ver Texto](#)

(52) Cf. B. Cremades Sanz Pasto, e I. Magdalena, «La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional», *Arbitraje*, vol. 3, n.º. 2, 2010, p. 354.

[Ver Texto](#)

(53) El 70% de los encuestados declaró que carecía de una información suficiente para tomar una decisión sobre el nombramiento de árbitros. Las fuentes de información más utilizadas sobre los árbitros son el «boca a boca», los «colegas internos» y la «información disponible públicamente». Los encuestados desearían haber tenido acceso a los laudos anteriores de los árbitros, saber más sobre su enfoque de las cuestiones procesales y sustantivas y tener una idea clara de su disponibilidad para aceptar nuevos casos. El 80% de los encuestados desearía poder ofrecer una evaluación de los árbitros al final de un litigio. Casi el 90% lo haría informando a la institución arbitral. Disponible en



[<<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/2018-international-arbitration-survey.pdf>>], pp.16 ss.

Ver Texto

(54) E. Del Prato, «Los poderes innominados de los árbitros», *Revista PUCP*, n.º. 80, 2018, pp. 176.

Ver Texto

(55) *Vid.* al respecto C. Lau, y C. Horlach, «Party Autonomy — The Turning Point?», *Dispute Resolution International*, 4, 2010, pp. 121 y 122.

Ver Texto

(56) Así lo exigen las instituciones arbitrales. A título de ejemplo podemos citar el art. 43.7º del Reglamento de CIMA donde se dispone que *El tribunal arbitral se esforzará por dictar laudos susceptibles de ejecución legal*» o el art. 42 Reglamento de. CCI: *En todo aquello que no esté expresamente previsto en el Reglamento, la Corte y el tribunal arbitral actuarán según el espíritu del Reglamento y harán todo lo posible para que el laudo sea ejecutable en derecho.*

Ver Texto

(57) *Vid.* al respecto W. W. Park, «Arbitration in Autumn», *Journal of International Dispute Settlement* vol. 2, August 2011, pp. 287-315.

Ver Texto

(58) *Vid.* al respecto R.Gerbay, «*Due process* Paranoia», en *KluwerArbitration Blog*, June 2016 .

Ver Texto

(59) *Vid.* al respecto B. Cremades Sanz-Pastor, «The Use and Abuse of «*Due process*» International Arbitration», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n.º.3, 2016; 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», *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XIV, 2017; R.Gerbay, «*Due process* ...», *loc. cit.*

Ver Texto

(60) S. Saha y Shukla, «Resurrecting the debate on «*due process* paranoia» in Centrotrade: Paranoia or Judiciousness?», *Arbitration International*, n.º 36, 2020, p. 527.

Ver Texto

(61) P. Lalive, «Dérives arbitrales (II)», *Bull. ASA*, vol. 23, 2005, p. 3.

Ver Texto

(62) A. Hernandez-Gil Alvarez Cienfuegos, «Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones»,

*Veinticinco años de arbitraje en España*, J.C. Fernández Rozas (Coord.), Madrid, 2015, pp. 83 ss.

[Ver Texto](#)

(63) *Vid.* al respecto J.C. Fernández Rozas, «Abuso del procedimiento arbitral y debido proceso», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 10, 2022, p. 6.

[Ver Texto](#)

(64) Así aparece recogido en el informe con la siguiente cita: *Metropolitan Bank Ltd. contra Pooley* (1885) 10 App. Cas. 210, 220-21 (Lord Blackburn).

[Ver Texto](#)

(65) *International law association. report for the biennial conference in Washington D.C.* abril, 2014.

[Ver Texto](#)

(66) S. Kröll, «Inherent and Implied Powers of the Arbitral Tribunal in Connection with Cost-Related Decisions», *Inherent Powers of Arbitrators en Inherent Powers of Arbitrators*, 2019.

[Ver Texto](#)

(67) El principio de la buena fe procesal es la manifestación, en el ámbito jurisdiccional, del principio general de la buena fe, principio que rige en el ámbito del derecho privado. En nuestro ordenamiento se haya recogido en una pluralidad de normas, por citar algunas mencionaremos el art. 1.1.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Título VIII del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 55.2º del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española., o en el art. 1.0.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

[Ver Texto](#)

(68) Nosotros en este punto queremos centrarnos en la buena fe procesal que es la regla que afecta al procedimiento arbitral y cuya valoración queda en inicio en manos del árbitro, si bien es cierto que la conculcación de esta regla o principio en el proceso altera los principios fundamentales del procedimiento y da lugar al ejercicio de la acción impugnatoria del laudo.

[Ver Texto](#)

(69) Por todos, AAP de Sevilla (Sección 6ª), n.º 102/2009 de 28 mayo (JUR\2009\312090) que define la buena fe procesal, consagrada en los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 247 LEC, como aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta, ejercitando el derecho en defensa de sus intereses de forma leal, respetando al contrario, y sin ánimo de engañar ni confundir, ni de fraudar.

[Ver Texto](#)

(70) J.C. Fernández Rozas, «Abuso del procedimiento...», *loc. cit.*, p.7.

[Ver Texto](#)

(71) J. Pico I Junoy, *El principio de buena fe procesal*, Barcelona, 2013, p. 358.

[Ver Texto](#)

(72) G. Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 2005, p. 74.

[Ver Texto](#)

(73) M.Rivero González, «Lealtad procedimental: conducta de los abogados representantes de las partes», en *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, F.Ruiz Risueño, y J.C. Fernández Rozas (coordinadores), Valencia, 2019, p. 401.

[Ver Texto](#)

(74) Podemos calificarla una auténtica carga procesal, por cuanto podría llegar a ocasionar la pérdida del pleito siempre que las consecuencias de su incumplimiento fueran similares a las que se producen en el proceso jurisdiccional. En este sentido J. Pico I Junoy, *El principio de buena...*», *loc. cit.*, p.132.

[Ver Texto](#)

(75) M. S. Kurkela y S.Turunen, *Due process in International ...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

[Ver Texto](#)

(76) Surgiría en cada supuesto concreto la necesidad de saber si estamos ante una vulneración de la buena fe, ante abuso del derecho o ante un fraude procesal, conceptos difíciles de delimitar. Estos tres institutos se encuentran íntimamente relacionados. Es más, la buena fe es el principio del cual parten o se originan el abuso del derecho y el fraude procesal. De esta manera, el abuso del derecho y el fraude procesal suponen conductas lesivas a la buena fe. El abuso del derecho y el fraude procesal, aunque son también categorías genéricas, pueden ser identificadas como supuestos concretos de infracción a la buena fe procesal. *Vid...* para aclarar conceptos J. Pico I Junoy, *El principio de buena...*», *loc. cit.*, p.103 ss.

[Ver Texto](#)

(77) E.Gaillard, «Abuse of Process in International Arbitration», *ICSID Review*, 2017, vol. 32, 1, p.1.

[Ver Texto](#)

(78) J. Sánchez-Calero Guilarte, «El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral», *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial* (J.C. Fernández Rozas, ed.), n.º 102, Madrid, 2006, pp. 367-374.

[Ver Texto](#)

(79) J.C. Fernández Rozas, «Variables de la práctica de designación de los árbitros por un tercero»

*La Ley mediación y arbitraje*, n.º 7, 2021, p. 4.

[Ver Texto](#)

(80) J.C. Fernández Rozas, «Abuso del procedimiento...», *loc. cit.*, p.11.

[Ver Texto](#)

(81)

J. Pico I Junoy, *El principio de buena...*, *loc. cit.*, p.3 60.

[Ver Texto](#)

(82) *Vid.*, S. Jhangiani, «How Far do the New LCIA Guidelines for Parties» Legal Representatives and the IBA Guidelines on Party Representation go?», *Kluwer Arbitration Blog*, May 21, 2014.

[Ver Texto](#)

(83) A. Prujiner, «L'arbitre et le droit», *Rev. McGill J. Disp. Resol*, vol. 1, n.º. 1, 2014, p. 45.

[Ver Texto](#)

(84) A. Baykitch, y E. Bao, «A return to innate ... », *loc. cit.*, p. 63.

[Ver Texto](#)

(85) J.C. Fernández Rozas. «Abuso del procedimiento...», *loc. cit.*, p. 13.

[Ver Texto](#)

(86)

G.A. Bermann, «What does it mean...», *loc. cit.*, p. 362

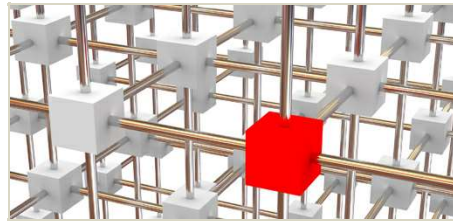
[Ver Texto](#)

(87) B. Cremades Sanz-Pastor, «The Use and Abuse...», *loc. cit.*, p. 671.

[Ver Texto](#)

(88) W.W. Park, «The 2002 Freshfields Lecture — Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion», *Arbitration International*, vol. 19, n.º 3, 1 September 2003, p. 279.

[Ver Texto](#)



## Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente

### Current developments in dispute settlement by expert determination

El dictamen de experto (*expert determination*) es un ADR de carácter heterocompositivo en clara expansión, que encomienda a una persona o personas, o a una institución, de reconocida experiencia en un sector de actividad, para la resolución de su controversia con carácter vinculante para las partes. Sus características de rapidez, bajo coste, informalidad y confidencialidad han popularizado su empleo en varios sectores relacionados con cuestiones técnicas y de valoración como operaciones de fusión y adquisición de empresas, licencias de propiedad intelectual, contratos de construcción, o concesiones mineras. Más que una respuesta a ciertas experiencias insatisfactorias del arbitraje, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos, debe su éxito a sus posibilidades de adaptación a determinados contenciosos. Carente por el momento de una regulación legal España, su práctica está generalizada en muchos países y es objeto de progresivo tratamiento en prestigiosos centros administradores de controversias junto al arbitraje y a la mediación.

ADR — Examen de experto — Delimitación — Carácter vinculante — Indicación

Expert determination is an ADR of a hetero-compositive nature in clear expansion, which entrusts a person or persons, or an institution, with recognised experience in a sector of activity, to resolve the dispute in a way that is binding for the parties. Its characteristics of speed, low cost, informality and confidentiality have popularised its use in various sectors related to technical and valuation issues such as company mergers and acquisitions, intellectual property licensing, construction contracts or mining concessions. Rather than a response to certain unsatisfactory experiences of arbitration, as both mechanisms are complementary than antagonistic, it owes its success to its possibilities of adaptation to certain disputes. Lacking for the moment a legal regulation in Spain, its practice is widespread in many countries and is progressively being dealt with in prestigious dispute management centres alongside arbitration and mediation.

ADR — Expert examination — Delimitation — Binding character — Indication



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

## I. UN MECANISMO EN EXPANSIÓN

1. En una época de controversias complejas y de gran valor económico el arbitraje ya no es la única alternativa invariablemente rápida, económica, informal, confidencial y relativamente menos contenciosa pues, aunque sigue siendo el principal método de resolución de controversias comerciales (1), hay circunstancias en las que el uso de otros ADR puede ser más adecuado, teniendo en cuenta la eventualidad de menores costes que los inherentes al arbitraje o al litigio ante el juez (2). La potenciación de la eficacia y buen funcionamiento de las transacciones aconseja a las partes cada vez con mayor frecuencia a optar por el mecanismo conocido como «dictamen de experto», articulado en términos generales a partir de una cláusula específica con una finalidad totalmente pragmática: aportar firmeza y evitar largas confrontaciones y elevados costes, frente al tiempo y al esfuerzo a que dichas controversias pudieran dar lugar en caso de acudir a otros cauces resolutorios. Se perfila así este mecanismo como una respuesta proveniente de alguien con la adecuada experiencia (3) que, junto a otros instrumentos relacionados, como los *dispute resolution boards* (4), ofrece una resolución más rápida que el proceso cuasi judicial del arbitraje, en parte porque normalmente escapan a los mecanismos locales de supervisión de los laudos.

La práctica de esta figura consiste en la remisión del caso un experto, que no tiene que por qué ser abogado, al que se le pide una evaluación equilibrada e imparcial de una controversia o que suministre una respuesta en una etapa de ejecución de un contrato para prevenir conflictos (5), por ejemplo, la determinación del valor de una empresa para su venta cuando exista un desacuerdo entre el comprador y el vendedor. Pero, a diferencia de la mediación muestra un componente heterocompositivo, pues incumbe al tercero adoptar una decisión, que tiene carácter vinculante (luego se matizará tal carácter) para las partes. Dicho en otras palabras, la función del experto va más allá de la función del mediador, pues cumple una función «decisoria» susceptible de poner fin al conflicto y, en tal caso, su misión llega a parecerse al del arbitraje con una diferencia fundamental: que el dictamen de experto sólo es vinculante contractualmente y si no se lleva a cabo de forma voluntaria, tendrá que ser ejecutada por vía judicial o dará lugar a un arbitraje si existe una cláusula donde se establezca este recurso (6). Semejante mecanismo, al margen de ayudar a las partes a poner fin a la controversia mientras se reducen el tiempo y los costos, es particularmente útil en cuestiones de naturaleza esencialmente técnica vinculadas a unos sectores muy específicos, pudiendo usarse también como un atajo para una decisión vinculante, porque es más simple y económico que un litigio judicial o un arbitraje.

2. No estamos ante un fenómeno nuevo. El dictamen de experto para solucionar una controversia ha sido utilizado con frecuencia a lo largo de la historia por partes intervinientes en determinadas modalidades contractuales que acordaban someter sus diferencias futuras a la opinión de terceros con experiencia en ciertas áreas, aunque debe reconocerse que este recurso ha tenido un alcance bastante limitado, referido por lo general a procesos de valoración de una obra, de una mercancía o de una sociedad (7)

El objetivo principal del dictamen de experto es obtener una decisión en principio vinculante sobre una cuestión de hecho específica, resultando especialmente útil si la decisión sobre dicha cuestión permite alcanzar una solución amistosa de un conflicto complejo. Su principal ventaja se proyecta en controversias vinculadas a cuestiones individualizadas de carácter esencialmente técnico más que jurídico permitiendo a las partes acudir directamente a quien a la postre va a condicionar el resultado, saltándose la intervención de jueces o de árbitros dependientes en muchos casos de un dictamen pericial coincidente con la respuesta del experto. Asimismo, este procedimiento puede incoarse en cualquier momento, también en relación con litigios ya existentes.

Las aplicaciones clásicas, se observan, por ejemplo, en un contrato de larga duración, cuando se requiere la opinión de expertos sobre cuestiones técnicas que han aparecido en el transcurso de su ejecución, tales como la evaluación de si la maquinaria de una planta industrial ha cumplido con los criterios de aceptación establecidos por las partes, o la medición de si los bienes suministrados cumplen con las especificaciones contractuales; cuando el contrato prevé que el valor de los activos se determine en una fecha posterior, tras un acuerdo de compra de acciones cuando no se han cerrado las cuentas de finalización; en el caso de una revisión de la renta en virtud de un contrato de arrendamiento o en el caso de una transferencia de pensiones.

---

Se ha generalizado la tendencia hacia la institucionalización del dictamen de experto por obra de su regulación en numerosos centros administradores de controversias plasmada en sus Reglamentos aplicables cuando las partes desean obtener una decisión de este tipo

---

3. La preferencia por el dictamen de experto, relegando a otras formas de resolución de conflictos, depende de una serie de factores que discurren desde el interés por la solución de una eventual controversia hasta el deseo de las partes de evitar participar procesos más largos y costosos instados ante el juez o ante el árbitro. Las cláusulas que encomiendan el litigio al dictamen de experto funcionan esencialmente sobre una base contractual pudiendo las partes elegir a la persona que quieren que se ocupe de la cuestión conflictiva, lo que puede ser una ventaja importante cuando la resolución requiera conocimientos de cuestiones técnicas complicadas. Los límites exactos de la autoridad del experto pueden ser delineados por acuerdo entre las partes sin interferencia de los tribunales. Bien entendido que a diferencia del arbitraje, el dictamen de experto generalmente no está respaldada por las leyes estatales, pues no cuenta por el momento con una regulación legal

específica, y se rige esencialmente por lo que las partes han acordado en su contrato, lo cual implica la importancia de redactar correctamente cualquier cláusula para el dictamen de expertos. Este silencio (veremos que en España está proyectada su inclusión legal) tiende a superarse con carácter reglamentario, pues cada vez es objeto de mayor tratamiento en los centros administradores de procedimientos alternativos de controversias (8), con una tendencia hacia regulaciones minuciosas. Resulta muy elocuente, teniendo en cuenta la creciente importancia de este tipo de procedimientos, la última versión del Reglamento sobre Peritos de la CCI, en vigor desde el 1 de febrero de 2015, que inserta un conjunto normativo que podría servir de ejemplo a otras entidades, aunque probablemente será menester acomodarlo a las necesidades específicas de la concreta controversia sometida a la decisión del experto.

Cuando para resolver la situación conflictiva, las partes deseen acudir al dictamen de un experto es frecuente el recurso a un Centro administrador (*v.gr.*, el Centro Internacional de ADR de la CCI), que cubre una amplia gama de cuestiones entre las que se encuentran el nombramiento del experto, la ordenación del procedimiento, incluyendo tareas como la coordinación entre las partes y el experto, el seguimiento de los plazos, la supervisión de los costos y, a menos que se excluya de forma explícita, el examen del dictamen en un escrutinio final y su notificación a las partes como cierre del procedimiento.

4. Se ha generalizado en los últimos tiempos la tendencia hacia la institucionalización del dictamen de experto por obra de su regulación en numerosos centros administradores de controversias plasmada en sus Reglamentos aplicables cuando las partes desean obtener una decisión de este tipo para resolver una controversia y para ello han acordado unos efectivos de naturaleza variada. Por ejemplo, la CCI ha creado un Centro de Peritaje, encargado de promulgar normas para llevar a cabo el dictamen de experto. Las partes pueden en la cláusula relativa a la solución de controversias de su contrato designar a dicho Centro para administrar el procedimiento, en cuyo caso el Centro localizará y nombrará a un experto con las calificaciones apropiadas para la controversia, a menos que las partes acuerden la identidad del «perito». De acuerdo con el Reglamento de Peritaje de la CCI, el experto puede hacer constataciones, recomendar medidas para la ejecución del contrato o para salvaguardar el objeto y supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Aunque *prima facie* la decisión del experto no es vinculante para las partes, éstas pueden determinar en su contrato que el dictamen de experto será vinculante para ellas en tanto que compromiso contractual.

El catálogo de instituciones dedicadas a la administración del dictamen de experto, que cuentan con normas más o menos detalladas en orden a su práctica es muy numeroso (9). Entre otras pueden citarse las siguientes:

- Cámara de Comercio Internacional, Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015 (10).
- *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS): DIS Rules on Expert Determination 2014.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.



- *The Academy of Experts*, Rules for Expert Determination, 2008
- *The Institute of Arbitrators & Mediators* (Australia), IAMA Expert Determination Rules 2016
- *The Institute of Chartered Accountants in England and Wales*, Rules for Expert Determination 2014.

Algunos centros administradores como la *London Court of International Arbitration* no cuentan con disposiciones específicas para ADR distintos de la mediación, en concreto, el dictamen de expertos, pero ello no obsta para que actúe regularmente como autoridad nominadora y administradora en tales procedimientos, suministrando la Secretaría modelos de cláusulas para estos fines, así de ayuda a las partes contratantes en la redacción de tales procedimientos ADR (11).

También existen algunas guías, como la preparada por la *Royal Institution of Chartered Surveyors Independent* (12).

Cuando se recurre al dictamen de experto, el mecanismo debe acomodarse a las cuestiones que se van a formular para ponerlo en marcha y, al mismo tiempo, la cláusula debe prevé su carácter ejecutivo facilitando, a su vez, un procedimiento que sea práctico y eficaz. Debe tenerse en cuenta que estamos ante un proceso consensuado en el cual las partes de un contrato acuerdan remitir los asuntos en disputa a una persona independiente para que decida. Es cierto que este recurso puede hacer que la solución de la controversia sea más rápida y eficiente, pero entraña un inconveniente de base: que como el mandato del experto depende totalmente del contrato que le otorga autoridad, éste carece de poderes residuales más allá de los que le otorgan expresamente las partes contratantes. Así, por ejemplo, un experto no puede citar a un tercero como testigo, aunque éste disponga de información crucial para resolver el litigio en cuestión.

5. Aunque en España la figura no ha sido desconocida, sobre todo por su empleo en litigios internacionales, no se ha contado con un tratamiento legal de la misma y tampoco los centros administradores de controversias se han ocupado de ella. Existen, eso sí, importantes sectores en los que la figura, bien es verdad que con un contenido diverso, es contemplada (valoración de acciones o participaciones, transformaciones societarias (13), seguros contra daños o avería gruesa... Y ello nos lleva a la solución de un problema esencialmente dogmático cual es el de deslindar la figura del experto respecto a otras afines como la de «arbitrador», el «amigable componedor», el «perito», o el «arbitrio de tercero» (14).

Aunque existe algún precedente como la STSJ Cataluña CP 1ª 9 diciembre 2013 —nº 72/2013—, la STSJ Madrid CP 1ª 21 diciembre 2021 se abordó con cierto detenimiento esta cuestión a propósito de una acción de anulación interpuesta contra un laudo, en un arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. En este caso, la demandante en nulidad argumentó que en el trascurso de la sustanciación de las actuaciones arbitrales había denunciado la falta de competencia del tribunal arbitral alegando que, en virtud del clausulado del contrato, debía ser un «experto independiente» quien tomara una decisión en relación con la discrepancia existente y que esta cuestión. Y añadía que tal pretensión había sido rechazada por la mayoría del tribunal que consideró que el mandato del experto independiente quedaba restringido para cuestiones de hecho —

cuantitativas de valoración de un daño— y no para cuestiones de derecho —cualitativas—. El TSJ de Madrid respaldó este planteamiento confundiendo esta figura con la del perito y con la del arbitrador prevista en el art. 1447 Cc y que este último «no podía pronunciarse sobre controversias jurídicas, tales como las que se dirimen en el procedimiento arbitral, a saber: la interpretación del contrato y la validez de la terminación contractual». Un mejor conocimiento de la figura del «experto independiente» hubiera sido muy de utilidad, pero debe reconocerse que la situación actual del Derecho español sigue siendo bastante confusa (15).

Sin embargo, en los últimos tiempos parece que esta incertidumbre puede superarse, al contemplarse esta figura (y especificarse que «el dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto»), en el art. 15 del Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2022, a cuyo tenor:

*«Art. 15. Opinión de experto independiente. 1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.*

*2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el art. 6 de este Título.*

*3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el art. 9 de este Título y tendrá los efectos previstos en su art. 10.*

*4º. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, es, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad».*

6. Al decidirse por el dictamen de experto, las partes entregan su confianza en los conocimientos específicos del experto al tiempo que tratan evitar un procedimiento de arbitraje largo y costoso. A diferencia de los jueces y los árbitros, en el ejercicio de su función los expertos aportan sus propios conocimientos y tienen la posibilidad de alcanzar una opinión basada exclusivamente en su propia experiencia, incluso sin necesidad de que las partes aporten pruebas. El dictamen de experto pretende ser un mecanismo independiente y distinto de fijado para el arbitraje. Esto se refleja particularmente en la práctica de los contratos de fusiones y adquisiciones, en los que, por regla general, las cláusulas de dictamen de experto están integradas en las disposiciones de ajuste de precios. En cambio, las cláusulas de arbitraje se suelen encontrar al final del contrato.

Así concebido puede calificarse con carácter introductorio al dictamen de experto como un

mecanismo alternativo de resolución de controversias, que suele adoptar la forma de una cláusula autónoma o de una cláusula escalonada multifunción (16), en el que las partes de un contrato acuerdan solicitar a un experto independiente que emita una decisión definitiva sobre una controversia relativa a cuestiones técnicas y de valoración, como operaciones de fusión y adquisición transfronteriza (17), licencias de propiedad intelectual (18), contratos de construcción (19), concesiones mineras (20) y un largo etcétera (21). La práctica contractual testimonia asiduamente la presencia, al lado de las cláusulas arbitrales previstas para «todas» las controversias futuras, de otras cláusulas más específicas que remiten «algunas», de ellas al dictamen de expertos; un recurso que se ha revelado en la práctica como más rápido y económico en comparación con otros métodos de resolución de conflictos, como el arbitraje. Un buen ejemplo de esta interacción lo ofrece el denominado *Liquefied Natural Gas Sale and Purchase Agreement* para la compra y venta y de gas natural licuado:

*«General. In the event of any disagreement between the Parties regarding a measurement under Exhibit A hereto or any other Dispute which the Parties agree to submit to an Expert (in either case, a "Measurement Dispute"), the Parties hereby agree that such Measurement Dispute shall be resolved by an Expert selected as provided in this Section 21.2.1. The Expert is not an arbitrator of the Measurement Dispute and shall not be deemed to be acting in an arbitral capacity. The Party desiring an expert determination shall give the other Party to the Measurement Dispute notice of the request for such determination. If the Parties to the Measurement Dispute are unable to agree upon an Expert within ten (10) Days after receipt of the notice of request for an expert determination, then, upon the request of any of the Parties to the Measurement Dispute, the International Centre for Expertise of the International Chamber of Commerce ("ICC") shall appoint such Expert and shall administer such expert determination through the ICC's Rules for Expertise. The Expert shall be and remain at all times wholly impartial, and, once appointed, the Expert shall have no ex parte communications with any of the Parties to the Measurement Dispute concerning the expert determination or the underlying Measurement Dispute. The Parties to the Measurement Dispute shall cooperate fully in the expeditious conduct of such expert determination and provide the Expert with access to all facilities, books, records, documents, information and personnel necessary to make a fully informed decision in an expeditious manner. Before issuing a final decision, the Expert shall issue a draft report and allow the Parties to the Measurement Dispute to comment on it. The Expert shall endeavor to resolve the Measurement Dispute within thirty (30) Days (but no later than sixty (60) Days) after his appointment, taking into account the circumstances requiring an expeditious resolution of the matter in dispute.*

*21.2.2. Final and Binding. The Expert's decision shall be final and binding on the Parties to the Measurement Dispute unless challenged in an arbitration pursuant to Section 21.1 within thirty (30) Days of the date the Expert's decision. If challenged (a) the decision shall remain binding and be implemented unless and until finally replaced by an award of the arbitrators; (b) the decision shall be entitled to a rebuttable presumption of correctness; and (c) the Expert shall not be appointed in the arbitration as an arbitrator or as advisor to either Party without the written consent of both Parties.*

*21.2.3. Arbitration of Expert Determination. In the event that a Party requests expert determination for a Measurement Dispute which raises issues that require determination of other matters in addition to*

*correct measurement under Exhibit A hereto, then either Party may elect to refer the entire Measurement Dispute for arbitration under Section 21.1.1. In such case, the arbitrators shall be competent to make any measurement determination that is part of a Dispute. An expert determination not referred to arbitration shall proceed and shall not be stayed during the pendency of an arbitration» (22).*

El texto reproducido pone de relieve que el capítulo de solución de controversias raramente se circunscribe a una sola cuestión o cláusula de un acuerdo siendo muy difícil definir con precisión qué partes de la controversia se incluyen en cada mecanismo alternativo. No puede resultar extraño que las cláusulas previsoras sean el resultado de una minuciosa labor de ingeniería jurídica resultado de extensos debates entre las partes contratantes (23). Ahora bien, una cláusula de dictamen de experto es diferente de una cláusula de arbitraje en el sentido de que la validez y la ejecutabilidad no se rigen por las leyes de arbitraje internacionales o nacionales, sino, en principio, sólo por el Derecho de contratos (24). Ello conduce a que la etapa de redacción de la cláusula posea una importancia capital, debiendo reflejar con nitidez el pleno consentimiento de las partes de quedar vinculadas por el dictamen de experto incorporando, si se estima oportuno, términos de referencia o remisiones a reglas de procedimiento establecidas por diversos centros administradores. Con ello se evitan equívocos de carácter procesal, se fortalece la validez de la cláusula y se garantiza la ejecutabilidad del dictamen de experto.

## II. DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN

### 1. Analogías y diferencias con el arbitraje

7. En algunos aspectos, el arbitraje y el dictamen de experto guardan una cierta similitud pues ambos: a) son el resultado de un acuerdo contractual de las partes; b) limitan o excluyen la jurisdicción de los tribunales; c) dan lugar a una decisión no judicial más o menos vinculante; d) son formas de resolución alternativa de conflictos, aunque el arbitraje comercial, en particular el internacional, ha evolucionado hasta convertirse en una disciplina por derecho propio. Por el contrario, las reglas rectoras del dictamen de experto y el arbitraje son materialmente diferentes en varios aspectos importantes, lo cual repercute en cuestiones tanto de fondo como de procedimiento:

- i) *Ámbito de los poderes conferidos:* Una diferencia fundamental entre un dictamen de experto y un laudo arbitral reposa en el ámbito de autoridad que las partes delegan en el decisor. En el primer caso, la autoridad otorgada al experto se limita a decidir una controversia de hecho específica relativa a un asunto dentro de la experiencia especial de la persona que toma la decisión, por lo general en relación con una cuestión de valoración. Se espera que el decisor utilice sus conocimientos especializados para resolver la cuestión de hecho especificada. Normalmente, las partes no otorgan al experto la autoridad para decidir sobre reclamaciones legales, hacer determinaciones vinculantes de la ley, interpretar contratos, decidir sobre la responsabilidad o adjudicar daños y perjuicios. Así concebidos, los dictámenes de los expertos pueden ser mucho más rápidas, más específicos y sustancialmente menos costosos que los laudos arbitrales. En cambio, en el arbitraje, las partes normalmente delegan en el órgano decisor la plena autoridad para decidir todas las cuestiones de hecho y de derecho necesarias en la resolución de todas las reclamaciones que entran en el ámbito de la cláusula de arbitraje, determinar la responsabilidad

y conceder daños y perjuicios u otras formas de reparación.

Los centros de arbitraje, al menos los que cuentan con una aceptación extendida, han ido incorporando a sus reglamentos muchos poderes para controlar y gestionar los procedimientos (25). Por el contrario, los expertos tienen poco o ningún poder para obligar a las partes o a los testigos y tampoco pueden ordenar medidas, como la presentación de documentos, contra terceros o la ordenación de medidas cautelares como lo hacen habitualmente los tribunales arbitrales. En consecuencia, las partes en las decisiones de los expertos precisan una medida de buena voluntad y confianza para que el procedimiento tenga éxito.

- ii) *Plazo para la resolución.* La principal ventaja de los procedimientos de dictamen de experto, en comparación con el arbitraje, es la de ofrecer un cauce más rápido y menos costoso para resolver controversias que se deciden principalmente por los hechos. Sin embargo, el dictamen de experto no siempre es una «solución rápida» y la celeridad del procedimiento dependerá de la redacción y del alcance de una concreta remisión. Hay una diferencia considerable entre la valoración de una entidad bancaria banco y la decisión de una cuestión limitada en virtud de una representación o garantía en relación con una pequeña empresa. Sin embargo, aunque a menudo se considera que el dictamen de los expertos es rápido, las valoraciones impugnadas complejas pueden ocupar un tiempo mayor del deseado en resolverse.
- iii) *Formalidades:* Los expertos son libres de basarse en sus propios conocimientos en lugar de establecer pruebas exhaustivas y resulta verosímil que no necesiten oír a las partes sobre todas las cuestiones de fondo relevantes para su decisión. No es extraño escuchar que el procedimiento experto posee un eminente carácter «informal», lo que significa su no vinculación a estrictas reglas de procedimiento civil o de prueba, teniendo libertad para tomar la iniciativa y adoptar un enfoque más «inquisitorial», de indagación. Esta informalidad permite que se utilice para resolver cuestiones que no pueden remitirse a los tribunales pero aporta otras ventajas: el dictamen no está sujeto a la supervisión de los tribunales y no es susceptible de apelación. Con independencia de que los Centros administradores muestren una decidida tendencia a la reglamentación no existe por el momento un «código de procedimiento modelo» para el dictamen de experto.

Concurren, en efecto, diferencias procedimentales muy significativas. El arbitraje abarca, por obra de la cláusula de remisión, la resolución de la «totalidad» de la controversia sometida a su consideración, mientras que un dictamen de experto acostumbra a limitarse a solventar cuestiones de hecho «específicas». El arbitraje requiere la presencia de reglas consustanciales con un procedimiento contradictorio (art. 24 LA/2003: «principios de igualdad, audiencia y contradicción»), estando el árbitro obligado a decidir el asunto únicamente sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, quedando imposibilitado para: a) practicar investigaciones *ex officio*; b) valorar las pruebas fuera de la presencia de las partes, o c) participar en comunicaciones *ex parte*. Por el contrario en un dictamen de experto, estas restricciones procesales no se aplican automáticamente. Los expertos pueden actuar sobre la base de sus propios conocimientos y experiencia adquirida y, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las partes en el contrato, cuentan con poderes inquisitivos y están facultados para ejercer su

función recabando información de cualquier fuente que, a su juicio, sea pertinente para resolver el asunto, incluso mediante una investigación independiente y una comunicación *ex parte*. Como corolario de ello, un dictamen de experto resuelva más rápidamente una cuestión de hecho concreta que si la misma cuestión se resolviera mediante arbitraje.

- iv) *Control de la decisión*. También existen diferencias sustanciales en el ámbito de la decisión adoptada. Uno de los rasgos característicos del arbitraje es la «acción» o «recurso» de anulación de los laudos ante los tribunales estatales, tras la activación de una serie de causales de carácter limitado, no estando habilitados los referidos tribunales para de revisar el fondo de la decisión sobre la base de que el árbitro pueda haber cometido un error de derecho o de hecho. Por el contrario el dictamen de experto no está sujeto a estas reglas controladoras específicas, sino por las generales rectoras de la contratación. La Sentencia Federal Suizo de 17 de noviembre de 2008 se ha pronunciado al respecto de una manera particularmente didáctica

*«La distinction entre la sentence arbitrale et l'expertise-arbitrage [expert determination] réside en ce que la première jouit de la chose jugée, tant formelle que matérielle, et peut être modifiée si les conditions d'une demande de révision sont réunies, tandis que la seconde — même si elle tranche des questions de fait ou de droit de manière à lier les parties — ne peut être invalidée que par la voie d'une procédure ordinaire dans laquelle il faut établir que les constatations de l'expert-arbitre sont manifestement injustes, arbitraires, défectueuses, gravement contraires à l'équité ou reposent sur un état de fait erroné, voire sont entachées de vices du consentement (...). La jurisprudence a retenu divers critères destinés à permettre une telle distinction; elle propose d'avoir égard, notamment, aux termes utilisés dans l'accord des parties, à l'étendue des attributions conférées au tiers à désigner selon cet accord, ainsi qu'à l'aptitude de la décision prise par ce tiers à constituer un titre d'exécution forcée (...) (26) ».*

La impugnación deberá fundamentarse, por ejemplo, en «fraude, mala fe o error manifiesto» y, a diferencia del arbitraje, las partes pueden establecer contractualmente el criterio de revisión que se aplicará al resultado aportado por el dictamen de experto. Por ejemplo, acordar que tenga carácter sea definitivo y vinculante para todas las partes, salvo en caso de error manifiesto (27) .

Sobre estas premisas, un procedimiento impulsado por el conocimiento de los hechos de un experto en lugar de la experiencia jurídica y procesal de un árbitro conlleva especiales consecuencias en ocasiones impensadas. Cuando las partes optan deliberadamente por sustraerse a la jurisdicción de los tribunales en favor de un experto sin formación jurídica, no pueden esperar los mismos estándares procesales que ante tribunales nacionales o arbitrajes bien gestionados.

---

Los expertos pueden actuar sobre la base de sus propios conocimientos y experiencia adquirida y, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las partes en el contrato, cuentan con poderes inquisitivos y están facultados para ejercer su encomienda

8. Junto a las referidas en el apartado anterior, podemos seguir apreciando muchas diferencias importantes validadoras de la no confusión entre un dictamen de experto y un arbitraje convencional. Desde esta intuición: a) el dictamen de experto no cuenta con una sede jurídica; b) mientras que las partes nombran a los árbitros por su capacidad para decidir una controversia legal, el valor de los expertos reside principalmente en su capacidad de experticia para resolver un problema que bloquea o complica una transacción, o que ha surgido después del cierre de la misma, c) el dictamen de experto se refiere en buena medida al contrato principal donde se inserta la cláusula que establece este mecanismo, por consiguiente, se basa totalmente en el contrato de las partes y se rige por el Derecho de los contratos, de ahí que la parte que desee hacer valer la cláusula debe interponer una acción por incumplimiento de contrato contra la parte que se niegue a aceptar lo en ella dispuesto; y, d) mientras que en el arbitraje el tribunal decide sobre un caso y pronuncia un laudo ejecutable, el dictamen de experto se suele limitar a responder a cuestiones de hecho que vinculan a las partes y, a diferencia de un laudo, no puede acudirse a las ventajas derivadas de su ejecutabilidad (arts. 44 y 45 LA/2003).

Con independencia de sus relaciones mutuas, la distinción entre el dictamen de experto y el arbitraje es importante porque a cada uno de ellos se le aplica un régimen normativo dispar que, a menudo, conduce a resultados bastante diferentes, para un cúmulo determinado de circunstancias. Los principios jurídicos aplicables al dictamen de experto dependerán de la redacción de las cláusulas correspondientes, cada vez más presentes en una gran variedad de contratos comerciales. Aunque los deberes y los procedimientos sugeridos para los expertos independientes y los árbitros son muy similares en algunos aspectos, también son notablemente diferentes en otros. Por ejemplo, un estudio comparativo de las decisiones pronunciadas en el área del *common law* apunta a la existencia de dos factores que pueden servir para distinguir las figuras: el deber de un árbitro de dirimir entre los argumentos contrapuestos de las partes, sin poder basarse en su propia opinión subjetiva, como puede hacer un experto y el deber conexo de cumplir las reglas de equidad procesal (28)

9. Si nos situamos en el marco de los contenciosos internacionales no es infrecuente observar la existencia de los denominados conflictos de procedimientos, en sus distintas variables (*v.gr.*, entre un tribunal arbitral y entre un tribunal estatal, o entre varios tribunales arbitrales) donde se puede llegar a declaraciones simultánea de competencia sobre el mismo asunto (29) . Sin embargo esta situación no es factible en los supuestos de procedimientos paralelos ante un tribunal arbitral o un dictamen de experto. Y a ello debe añadirse, que a diferencia de lo que acontece con los tribunales arbitrales, los expertos no cuentan con las facultades derivadas del principio *kompetenz-kompetenz*. Esta reducción de potestades resulta totalmente coherente con la función, esencialmente valorativa, del experto. Y a ello debe agregarse que las decisiones de los expertos sobre el alcance de su encomienda están sujetas a revisión y no son vinculantes como lo son los laudos arbitrales o las sentencias judiciales. Tampoco existe apoyo legal para que un tribunal perteneciente a la jurisdicción ordinaria confiera al dictamen del experto la misma autoridad que otorgaría a un laudo arbitral.

El problema no debe centrarse en la existencia de juicios concurrentes o conflictos de procedimientos sino en la determinación del alcance de la encomienda del experto y, en concreto, si éste cuenta con habilitación para emitir dictámenes vinculantes sobre cuestiones de Derecho, como puede ser la interpretación de un contrato de conformidad con la legislación aplicable, cuestión que puede no ser pacífica en ese marco jurídico. A veces, la parte disconforme con el dictamen iniciará un procedimiento judicial o arbitral para establecer que determinadas cuestiones no están incluidas en el ámbito de las facultades conferidas al experto, ya sea porque la parte remitente ha interpretado erróneamente el acuerdo en el que se solicita el dictamen o porque ha tergiversado el asunto remitido o lo ha incluido erróneamente en el mandato del experto. En este caso no cabe descartar que acuda a un tribunal de la jurisdicción ordinaria con la pretensión de bloquear la eficacia del dictamen hasta la adopción de una decisión al respecto. Una actitud semejante puede solapar un interés táctico, aunque no sea el adecuado, utilizando procedimientos paralelos para retrasar y complicar la resolución de una controversia.

## 2. Precisión del «dictamen de experto»

10. Procede ya detenerse en cuestiones de carácter definitorio y así, el dictamen de experto puede concebirse como un medio por el cual las partes de un contrato recurren conjuntamente a un tercero para que decida una cuestión controvertida entre ellos. No estamos ante la actuación de peritos designados por las partes o por un tribunal, jurisdiccional o arbitral, sino ante una decisión resolutoria de terceros que actúan como expertos y que son designados por las partes para intervenir en su controversia adoptando decisiones vinculantes sobre cuestiones específicas. Esta figura, también conocida «dirimencia por experto», o «procedimiento de peritaje» (en la terminología de la CCI) ha sido acogida con desigual fortuna en los distintos sistemas: *Schiedsgutachten* (Alemania o en Suiza), *appraisal* (EE UU), «*expertise-arbitrage*» (Francia) *arbitraggio* (Italia), o *bindend advies* (Países Bajos) y mayoritariamente en los sistemas del *common law*. Sin embargo, la práctica muestra que tanto la delimitación de los dos mecanismos entre sí como la interacción entre ellos no siempre es fácil. El término «dictamen de experto» se utiliza aquí para describir cualquier resolución vinculante de un desacuerdo emitido por un responsable de la toma de decisiones con conocimientos especializados, que es designado en virtud de un contrato y no actúa ni como juez ni como árbitro. Más allá de esto, las generalizaciones son difíciles. Los requisitos de procedimiento y los poderes de un experto varían, a veces de forma significativa, según la jurisdicción. Pero el carácter eminentemente contractual de la figura que estamos examinando y su cumplimiento obligado son criterios que permiten diferenciarla de la de la pericia. Resulta sumamente ilustrativa la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 17 de noviembre de 2008 según la cual:

*«L'expertise-arbitrage [expert determination] est un contrat de droit matériel au moyen duquel les parties chargent un tiers de donner son avis sur une question de fait ou sur un point de droit, avis auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement (...). La volonté commune, exprimée à l'avance, de se soumettre à l'avis de l'expert-arbitre distingue l'expertise-arbitrage de l'expertise privée» (30).*

Con carácter muy sumario puede adelantarse que los expertos: a) son nombrados para proporcionar una solución de la controversia que se les ha remitido basada en sus propias investigaciones,



conocimientos y experiencia; b) pueden ser responsables de daños y perjuicios si cualquiera de las partes logra de demostrar que ha sido negligente, ya sea en la etapa de acopio de material relevante para la elaborar su dictamen o en la aplicación de sus conocimientos profesionales a la hora de valorar la solución.

---

El dictamen de experto es un procedimiento flexible y puede operar de una manera más informal y expedita que otros mecanismos de mayor complejidad como el arbitraje, siendo factible desarrollar su función de forma independiente o en relación otros como el un arbitraje, una mediación o un litigio judicial

---

El dictamen de experto y el arbitraje utilizan medios diferentes para servir a fines distintos. La comprensión de estas diferencias es fundamental para redactar acuerdos viables y navegar por procedimientos que se solapan. Para evitar dificultades, las partes deben tener una intuición realista de esos procedimientos. Sería imprudente tratar de ampliar un dictamen de experto a un arbitraje a gran escala, como si los expertos pudieran igualar los conocimientos jurídicos de un árbitro experimentado o su comprensión del debido proceso, o esperar que un árbitro y un abogado muestren la experiencia de un especialista en valoración sin depender en gran medida de las pruebas de expertos. No está por ello de más que la cláusula establezca expresamente que el tercero neutral designado para resolver la controversia está actuando «como un experto», para reforzar aún más el hecho de que las partes no desean que las Leyes de arbitraje se apliquen a esta forma de resolución de controversias.

### III. CLÁUSULA ACORDANDO EL DICTAMEN DE EXPERTO

#### 1. Ámbito de la encomienda

11. El dictamen de experto es un procedimiento flexible y puede operar de una manera más informal y expedita que otros mecanismos de mayor complejidad como el arbitraje, siendo factible desarrollar su función de forma independiente o en relación otros como el un arbitraje, una mediación o un litigio judicial.

No es infrecuente utilizar el dictamen de experto junto con otros procesos de resolución de conflictos, y puede emplearse también como complemento de la mediación, apareciendo cuando es necesario que una autoridad independiente del mediador dicte una decisión vinculante sobre una cuestión importante. Además, el uso de la decisión de un experto proporciona a las partes los medios para resolver una parte de la disputa sobre la que preferirían no negociar. La obtención del dictamen de un experto puede romper un *impasse* y permitir que la mediación siga adelante sin ese bloqueo y facilite que el mediador siga siendo completamente imparcial.

Una primera nota en ordena la cláusula es la de su sencillez, aunque la práctica derivada de su empleo cada vez registre mayores dosis de sofisticación. Por el contrario, los acuerdos de arbitraje típicos acostumbran a establecer que el tribunal arbitral será competente para resolver todas las disputas que surjan de un determinado contrato o en relación con el mismo (31). Las partes de un acuerdo de arbitraje pueden adoptar fácilmente un paquete sustancial de leyes, reglas y prácticas procesales especificando una sede de arbitraje y las reglas institucionales aplicables. Esto hace innecesarias las condiciones detalladas de designación. La diferencia entre el estrecho cometido de un experto y el amplio cometido de un árbitro puede reflejarse en diferentes enfoques de la interpretación de las cláusulas del acuerdo conducente al dictamen de expertos y de arbitraje. A menudo, estas cláusulas no son excesivamente extensas y se limitan a establecer que si las partes no se ponen de acuerdo sobre una determinada cuestión de valoración, dicha cuestión se someterá al dictamen de un experto neutral cuya decisión será definitiva y vinculante para las partes.

Existe además una diversidad funcional: las partes pueden acordar el procedimiento de dictamen de experto como método de resolución de conflictos en el momento de la celebración de un contrato, pero también pueden acordar un procedimiento de dictamen de experto después de que haya surgido la controversia. En el primer caso, que se halla más generalizado, la puesta en marcha del procedimiento implica la existencia de un «acuerdo» entre las partes que implique el sometimiento de los litigios presentes o de los litigios presentes o futuros a la decisión de un experto (32).

Cuando las partes desean someter la cuestión al dictamen de expertos, es habitual que la cláusula establezca que la persona llamada a decidir la cuestión pertinente sea un experto y no un árbitro y que el proceso está orientado a la consecución de tal dictamen y no un arbitraje. El efecto de las palabras «actuando como experto y no como árbitro» es evitar la necesidad de que el experto se pronuncie únicamente sobre las pruebas presentadas permitiéndole basarse en sus propias investigaciones, en su capacidad y en su juicio. Dicho en otros términos, en la designación de un experto, las partes optan por que su controversia sea resuelta por un tercero independiente que actúe con este título, no estando sometido a la Ley de Arbitraje de 2003. A diferencia de los jueces y árbitros, los expertos llamados a resolver un litigio aportan sus propios conocimientos y tienen derecho a formarse una opinión basada en su propia experiencia sin necesidad de pruebas aportadas por de las partes. Algunas de las ventajas de la decisión de un experto, en particular la rapidez la privacidad y la posibilidad de elegir al responsable de la decisión (o de designar a una persona adecuada por parte de un tercero) son compartidas con el arbitraje (33). Ahora bien el marco del dictamen de experto es puramente contractual.

## 2. Contenido

### A) *Objeto de la encomienda*

12. Solo puede alcanzarse el dictamen de experto si ambas partes lo han acordado expresamente. Para el caso de futuras controversias que surjan en virtud de un contrato, las partes insertan una cláusula específica en el contrato principal y a diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente del procedimiento aceptado. Es importante no desatender la redacción y los términos que deben incluirse en los contratos internacionales que prevén la determinación de ciertas cuestiones por parte de un experto y el arbitraje internacional como el mecanismo general de

resolución de controversias para evitar los problemas que podrían surgir de otra manera.

Sentado lo anterior, nada impide que las partes acuerden, una vez surgida la disputa, someterla al dictamen de un experto, incluso cuando no exista una cláusula de resolución de conflictos en el acuerdo que exija el nombramiento de un experto independiente.

La cláusula que incorpore semejante acuerdo deberá precisar la pericia y la función del experto a partir, sobre todo, de su experiencia y cualificación en el sector de su experticia. Además resulta aconsejable incluir un mecanismo completo para la designación del experto. Lo ideal es que las partes acuerden entre ellas la identidad de un experto, los indicios que apunten a su independencia e imparcialidad y que posea los conocimientos adecuados necesarios para realizar la determinación requerida (34). Por esta razón, las partes han de preocuparse por definir y delimitar el alcance de la encomienda y de la autoridad del experto (o expertos, cuando haya un panel) de forma precisa e inequívoca de suerte que no deben empujar a un experto a realizar conclusiones legales complejas. La inclusión en el acuerdo de una cláusula para resolver mediante dictamen de experto cualquier conflicto que entre en el ámbito de dicha cláusula, los están remitiendo a la determinación privada en lugar de a un tribunal de justicia, o a otro proceso (como el arbitraje) susceptible de ser supervisado por los tribunales. Dado que son las partes las que otorgan al experto independiente la autoridad para actuar, también pueden acordar los principios y el procedimiento que se aplicarán en cualquier disputa que pueda surgir.

Como quiera que el valor del dictamen reside, sobre todo, en el conocimiento y en la experiencia en el sector, las partes definirán su mandato o la autoridad de cualquier experto (o expertos, cuando haya un panel) de forma precisa y limitada y no deben empujar a un experto a realizar complejas conclusiones legales. En particular, especificarán si el resultado final queda reducido a una simple cifra o si debe extenderse a un análisis plenamente razonado. Por eso resulta aconsejable dejar bien sentadas algunas reglas mínimas de procedimiento, como el número de los expertos y, en el caso de que se decida por un colegio, especificar cual es el alcance de la mayoría en la toma de decisiones. Tampoco resulta superfluo la indicación de que se elabore un posible calendario y que se determine cómo se repartirán los costes. Incluso aunque el contrato principal contenga disposiciones detalladas sobre la función del experto puede ser pertinente insertar en la cláusula unas condiciones detalladas de nombramiento, el ámbito de los procedimientos para la obtención de pruebas y la práctica de interrogatorio de testigos, sin olvidar algún apartado que garantice la confidencialidad. Resulta práctica habitual que el acuerdo conste por escrito (35).

13. Sin duda es totalmente necesario definir el campo de actividad y la cuestión que debe resolver el experto con la mayor precisión posible. La práctica demuestra que en ocasiones cuando surge la controversia ésta pueda derivar hacia aspectos no previstos necesariamente en la redacción de la cláusula como, por ejemplo, que una cuestión que deba ser determinada por el experto sea de un valor más elevado o de mayor entidad que el previsto originariamente. Cabe insistir de nuevo en la importancia de una redacción inequívoca para identificar el alcance del litigio sometido a la decisión de un experto. Aunque el objeto de la encomienda suele centrarse en la constatación de determinados hechos, existe una tendencia expansiva, muchas veces inevitable, hacia las cuestiones

jurídicas.

Por ejemplo en una controversia en la que se encarga un dictamen al experto para la valoración de determinados daños acaecidos como consecuencia de un huracán (aspecto técnico) es muy probable que deba pronunciarse, a modo previo, si semejante evento constituye fuerza mayor; si hubo o no cumplimiento con las disposiciones de notificación y la medida en que esas disposiciones de notificación fueron condiciones previas para la reparación; la consideración de en qué medida la fuerza mayor impidió o retrasó el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato; o si se adoptaron las medidas adecuadas para aminorar sus efectos destructivos (aspectos jurídico). A primera vista, la cláusula de resolución de las controversias parece referirse solo el primer asunto al experto (valoración del daño), pero queda un amplio margen para el desacuerdo en cuanto a si los demás asuntos también han de ser remitidos al experto o al árbitro.

Y aclarada esta cuestión es aconsejable que las partes del contrato precisen si aceptan mutuamente el resultado alcanzado por el experto como jurídicamente vinculante.

Dado que son las partes las que otorgan al experto independiente la autoridad para actuar, también pueden acordar los principios y el procedimiento que se aplicarán en cualquier disputa que pueda surgir. No existe un marco legal, cabe insistir en ello, en el que basarse y la jurisprudencia, salvo en los países del *common law*, es muy escasa.

Por su parte, el experto debe tener clara su «misión», sus «instrucciones» o su «mandato»; en definitiva, lo que constituye su «encomienda». Junto a su nombramiento debe quedarle muy claro si existen instrucciones específicas y, eventualmente, si está sujeto a un determinado calendario procesal.

Puede surgir aquí una situación indeseada cuando se estipule que el experto debe recibir instrucciones conjuntas de las partes y pero estas últimas no se ponga de acuerdo sobre las mismas emitiendo instrucciones diferentes o contradictorias que el experto tiene que considerar, interpretar y, a veces, descifrar. En este caso el experto, podrá continuar con el procedimiento en la medida en que considere que las cuestiones expuestas en la referida encomienda se encuentran dentro del ámbito de su mandato, aunque deberá motivar semejante iniciativa. Resulta pues verdaderamente aconsejable el examen temprano por los expertos del acuerdo en virtud del cual se les nombra para ver lo que se establece. Es importante garantizar la claridad de lo acordado por las partes, de ahí que los expertos en caso de duda pueden tratar de aclarar cualquier asunto si es necesario y deben obtener, o hacer constar, dicha aclaración por escrito.

## **B) Otras indicaciones**

14. Con carácter complementario, las cláusulas del acuerdo condicente al dictamen de experto deberán indicar además las cualificaciones requeridas por este, por ejemplo, independencia, neutralidad, conocimientos específicos, y establecer, ciertamente de forma bastante similar a las cláusulas de arbitraje, que, a falta de un acuerdo entre las partes sobre el experto neutral que se va a designar, éste será nombrado por una autoridad de designación, de forma que una parte no pueda impedir que se lleve a cabo el procedimiento. Bastantes cláusulas terminan ahí, pero otras están más

elaboradas definiendo las facultades del experto y los procedimientos a seguir en detalle. Suelen determinar que antes de la adopción de sus decisiones, el experto concederá a las partes en litigio la oportunidad de presentar sus posiciones, lo que incluirá la oportunidad de al menos una audiencia oral en presencia de la contraparte y de sus asesores. En la medida en que sea necesario para la toma de decisiones, el experto estará también facultado para decidir sobre la interpretación del contrato que fija su encomienda. También es común fijar que el experto hará todo lo posible para emitir su dictamen por escrito con las razones de las decisiones tan pronto como sea razonablemente práctico (*v.gr.*, no más tarde de dos meses después de que las cuestiones controvertidas le hayan sido remitidas. Por último, es frecuente consignar que las decisiones del experto y las cuentas de la fecha de cierre por él determinadas serán definitivas y vinculantes para las partes.

Siguiendo una línea bastante similar a la practicada en el arbitraje administrado con el acta de misión o con la primera orden procesal, en el dictamen de experto el acuerdo deberá remitirse a las partes y al Centro e incluirá: a) los nombres completos, descripciones, direcciones y otros datos de contacto del experto, de cada una de las partes y de las personas que las represente; b) las direcciones a las que deben dirigirse las notificaciones y comunicaciones que surjan en el curso del procedimiento; c) una lista de las cuestiones sobre las que deberá formular sus conclusiones en el dictamen; d) la remisión algunas reglas de procedimiento del Reglamento del Centro añadiendo, si procese, algunas específicas; e) el lugar donde tendrán lugar las reuniones con las partes; y, f) el idioma o idiomas en que se desarrollará el procedimiento.

15. La importancia de una fijación meditada del contenido de la encomienda no debe desmerecer la importancia otorgada a la inclusión de otros aspectos relevantes de la cláusula:

- i) *Remisión a un centro administrador.* No es inusual insertar una cláusula en un contrato donde se establezca que, en caso de controversia, las partes acuerdan remitir la controversia a un experto designado por un organismo específico. Normalmente este último suministra a las partes un formulario específico para que procedan a la designación. Cuando un acuerdo conducente al dictamen de experto sea administrado se considerará que el Reglamento del Centro Administrador forma parte del mismo, asunción sometida, claro está, a lo dispuesto por las partes y a la ley del lugar donde se celebre el procedimiento (36).
- ii) *Particularidades de los expertos.* La cláusula deberá incluir el número de expertos llamados a intervenir en el eventual dictamen (aunque normalmente se designa a uno). En ocasiones se añade una disposición para resolver los supuestos en los cuales el experto fallece o queda incapacitado y, eventualmente, una alusión al tercero llamado a sustituirle. No está de más, para evitar problemas ulteriores, precisar en la cláusula que existe una firme voluntad de las partes de especificar que se trata de un «experto» y no de un «árbitro» para la resolución de la controversia en cuestión. Por último, puede ser conveniente considerar los conflictos de intereses específicos de la profesión, especialmente porque a veces actuará como experto una empresa o un equipo de tasadores o auditores en lugar de un individuo. Por ejemplo, puede ser útil abordar si el auditor de alguna de las partes podría llevar a cabo una determinada valoración (37).
- iii) *Reglas de funcionamiento.* Con independencia de que se apliquen las reglas del Centro

administrador, pueden insertarse previsiones específicas atinentes a la presentación de las pruebas, a las facultades del experto y al régimen de intereses y de fijación de costas. Es conveniente especificar unas reglas mínimas de procedimiento, como el número de expertos y, en este caso, si los miembros de un grupo de expertos pueden tomar decisiones por mayoría, y un posible calendario fijando las actuaciones. Incluso cuando el contrato principal contenga disposiciones detalladas sobre la función del experto las partes no deben descartar redactar unas condiciones detalladas de nombramiento, identificando los procedimientos para la obtención de pruebas, el interrogatorio de testigos y la garantía de confidencialidad.

- iv) *Características del dictamen solicitado.* Junto a la precisión de la obligación del experto de emitir su dictamen por escrito y en un plazo acordado se acostumbra a disponer que el dictamen del experto será definitivo y vinculante, con independencia del régimen de impugnabilidad existente en cada sistema, que acostumbra a someterlo, como hemos visto con reiteración, a las normas relativas a los contratos. En la medida en que se haya acordado el carácter jurídicamente vinculante del dictamen del experto, debe quedar claro al firmar un contrato, que las partes están enteramente vinculadas al resultado que determine el dictamen del experto. Por el momento la práctica no aporta datos consistentes acerca de la eventual puesta en marcha de un recurso o de una segunda instancia contra un resultado inadecuado del experto independiente).

### C) *Inserción del dictamen de experto en una cláusula escalonada*

16. La competencia de un tribunal arbitral suele ser amplia, mientras que la autoridad del experto es mucho más limitada. La prueba es que la cláusula de experto independiente no suele ser la única que figura en el contrato principal. Y es muy frecuente la relación entre las cláusulas de arbitraje y las de dictamen del experto que acostumbran a establecerse en los términos del contrato, lo que dificulta las generalizaciones. Ante esta eventualidad las partes pueden adoptar diferentes enfoques: a) Que ciertas cuestiones se sometan exclusivamente al dictamen de expertos y, al hacerlo, establecer una excepción a las amplias competencias del tribunal arbitral; b) Insertar una disposición escalonada (38), en la que un asunto debe someterse primero a la decisión del experto y luego a un fallo definitivo por parte de un tribunal arbitral; c) Que se deje a las partes la opción de remitir un asunto a un experto o a un tribunal arbitral. En ese último caso, un tribunal arbitral estaría facultado para decidir cualquier asunto que pudiera ser igualmente sometido a la decisión de un experto, además de cualquier otra controversia que surgiese en el marco del acuerdo cubierta por el acuerdo de arbitraje.

La opción escalonada está mucho más generalizada y, en este caso, el dictamen de experto figura conjuntamente con el arbitraje dentro de una cláusula de resolución de litigios de varios niveles. En consecuencia, la redacción de una cláusula conducente al dictamen de experto de manera cuidadosa adquiere una importancia esencial para evitar ambigüedades procesales y reflejar el pleno consentimiento de las partes, ya que la validez de la cláusula de ADR y la ejecutabilidad del dictamen de experto se rigen sobre una base contractual.

---

La cláusula de experto independiente no suele ser la única que figura en el contrato principal y es muy frecuente su relación con la cláusulas

El procedimiento de dictamen de experto se caracteriza por la ausencia de reglas procesales, aunque como excepción algunos Centros administradores Aunque, como opción, Cámara de Comercio Internacional en su Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros establece un marco para la selección y neutralidad de los expertos, información diversa sobre renuncias, costes, responsabilidades, etc., además de normas de conducta tanto para las partes como para los expertos. Y este instrumento añade que «el trabajo del Comité Permanente y de la Secretaría es de carácter confidencial y debe ser respetado por todos los que participan en dicho trabajo».

La centros de arbitraje proponen una serie de cláusulas para que las partes en un contrato las incorporen según sus necesidades particulares y esta variedad discurre entre aquéllas que imponen obligaciones mínimas, limitándose a un recordatorio de posibilidad de utilizar el procedimiento de experto independiente, y aquéllas que se sirven de las conclusiones no vinculantes del experto como base para alcanzar un acuerdo concertado que resuelva la controversia y si tal acuerdo no se alcanza poner en marcha con toda su plenitud el procedimiento arbitral

A título de ejemplo, se detallan las cláusulas propuestas referentes al Reglamento de la CCI sobre la administración de procedimientos peritaje (39)

*Cláusula A: Procedimiento de experto administrado opcional:* «Las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro procedimiento, acordar someter cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella al procedimiento experto administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

*Cláusula B: Obligación de someter la controversia a procedimiento de experto administrado no vinculantes:* "En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes acuerdan someter la controversia al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

*Cláusula C: Obligación de someter la controversia a un procedimiento de peritaje administrado contractualmente vinculante:* En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes se comprometen a someterla al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes acuerdan que las conclusiones del perito serán contractualmente vinculantes para ellas.

*Cláusula D: Obligación de someter la controversia a procedimientos de expertos administrados no vinculantes, seguidos de arbitraje si se precisa.* En caso de cualquier controversia derivada [de la cláusula X del presente contrato] o relacionada con ella, las partes se comprometen a someterla, en primer lugar, al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional. Después

de la notificación del Centro Internacional de ADR de la terminación del procedimiento de peritaje administrado, si la controversia no se ha solucionado, esta será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

## IV. CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS DEL EXPERTO

### 1. Acceso y desempeño de la actividad

17. Los expertos encargados de redactar el dictamen no son mediadores y no es su función promover las negociaciones y el compromiso. Ello no impide que desde un principio requieran a las partes acerca de si existe alguna posibilidad de llegar a un acuerdo negociado y, en caso afirmativo, si desean que el experto aplase el procedimiento. Ya sea en la fase inicial, o en la reunión preliminar, si la hubiere, se aconseja al experto recordar a las partes que son libres de llegar a un acuerdo entre ellas en cualquier momento antes de que alcance el dictamen y en este caso serán responsables de los honorarios y desembolsos del experto independiente hasta la fecha del acuerdo.

Al margen de lo anterior, lo más adecuado es que las partes se pongan de acuerdo sobre una persona competente y neutral. Por supuesto, también es posible que el experto sea designado por un tercero (v.gr., por una cámara de comercio) o que se nombre un panel de expertos independientes con varios miembros (normalmente tres).

Teniendo en cuenta esencialmente la experiencia de los candidatos las partes pueden elegir al(los) experto(s) conjuntamente y si no llegan a un acuerdo en torno a la persona del experto o en un procedimiento *ad hoc*, ésta será designada por el Centro previa consulta con las partes. Muchos Centros cuentan con una lista de expertos con conocimientos especializados relevantes en las materias sobre las que deberá versar su dictamen. Esto permite al Centro proponer y designar a los expertos idóneos para la materia de que se trate y utilizarlos como 'peritos' en otros procedimientos.

- i) *Idoneidad*. Las facultades de un experto son relativamente limitadas pues es esencialmente una persona que emite un dictamen sobre un asunto técnico. No se precisa únicamente estar en posesión de conocimientos extensos y profundos sobre la materia objeto de la controversia, pero si se requiere una habilidad acreditada por su parte que le permita exponer en términos comprensibles para los no expertos cuestiones de hecho que no se pueden entender fácilmente. Por lo tanto, la parte que designa al experto, si es el caso, o el centro administrador que lo nombra con carácter subsidiario, han de preocuparse detallar las facultades y los procedimientos que debe seguir el experto y suministrarle instrucciones claras para que pueda investigar los hechos y llegar a conclusiones sobre las cuestiones que se le plantean, todo ello dentro del plazo establecido por el tribunal. Teniendo en cuenta la complejidad que puede entrañar el encargo, resulta aconsejable que los propios expertos se aseguren de estar preparados para llevarlo a cabo.
- ii) *Condicionantes previos al nombramiento*. Las cláusulas de arbitraje al uso poseen, por lo general, un alcance caracterizado por la generalidad al limitarse a determinar que el tribunal arbitral será competente para resolver todas las disputas que surjan de un determinado contrato o en relación



con el mismo, no siendo frecuente que se haga referencia a condiciones detalladas para la designación de los árbitros. Sin embargo este cometido no está muy presente en la designación del experto, lo que evidencia el limitado cometido de un experto frente a las amplias facultades del árbitro, que acostumbra a reflejarse en los diferentes enfoques a la orden de la interpretación de las cláusulas de designación de expertos y de árbitros.

Los expertos independientes son elegidos por las partes por su experiencia, por consiguiente, a menos que la encomienda permita lo contrario, antes de aceptar cualquier nombramiento, deben:

- a) estar convencidos de que están en posesión de un conocimiento suficiente de la práctica, los procedimientos y la ley, para la práctica del dictamen de expertos, así como del objeto del litigio;
  - b) no aceptar el nombramiento si consideran que no pueden ocuparse de la determinación en un plazo razonable (disponibilidad);
  - c) comprometerse a llevar a cabo la encomienda por sí mismos, sin intervención de terceros pues ello podría dar lugar a responsabilidad por negligencia. Para evitar esta situación, o para solventar problemas que no estén dentro del ámbito de conocimientos y experiencia de los expertos, deberán indicar en sus condiciones de contratación que se reservan el derecho de solicitar un concreto asesoramiento.
- iii) *Nombramiento*: El acuerdo para remitir una controversia en particular a un experto generalmente se produce después de que haya surgido la controversia, en circunstancias en las que los asesores de las partes consideren que tal remisión a un experto es más apropiada a la luz de la naturaleza de la controversia. En tal caso, las partes acordarán de común acuerdo acudir a un experto (*ad hoc*) o remitirán la designación del experto a un organismo de designación, por lo general el Centro administrador. Para curarse en salud, cuando exista acuerdo entre las partes, los expertos independientes deben comprobar que existe el acuerdo por escrito y si contiene o no condiciones específicas. Si no se ha facilitado una copia del acuerdo, deberá pedirla antes de seguir adelante. En el caso de procedimiento administrado, a menos que las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la persona que actuará como experto, el Centro procederá al nombramiento después de recibir la respuesta a la solicitud y hará todos los esfuerzos razonables para proponer a un tercero que tenga todas las características expuestas por la parte solicitante. Si la solicitud de dictamen de experto es presentada conjuntamente por las partes sin que hayan convenido la persona del experto o el número de expertos, el Centro procederá al nombramiento de "uno", salvo que estime que, dadas las circunstancias del caso, el nombramiento de más de un experto resulta más apropiado. Resulta frecuente que antes de adoptar su decisión nominadora el Centro consulte a las partes, ocupándose los Reglamentos de fijar los criterios que debe observar (40).

En todo caso, como es habitual en las disposiciones que rigen los Centros de solución de controversias, la solicitud no se tramitará hasta que el Centro haya recibido la tasa correspondiente, que no tiene carácter reembolsable.

- iv) *Conflicto de intereses*: Como principio de base todo experto debe ser imparcial en el momento de aceptar de un nombramiento y debe seguir siéndolo durante todo el procedimiento hasta que se haya dictado la resolución final o hasta que el procedimiento haya concluido definitivamente (41) . Lo anterior implica que a lo largo de su encomienda deberá actuar de forma independiente e imparcial en relación con las partes, dando a cada una de ellas una oportunidad razonable de exponer su caso y de tratar el de la parte contraria y de presentar alegaciones sobre el desarrollo del proceso (42) .

Antes de presentar una propuesta, el candidato a experto debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia y deberá dar a conocer por escrito al Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de la persona solicitante, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad (43)

En consecuencia, si se alberga alguna duda en torno a su independencia o imparcialidad, deben renunciar a aceptar su nombramiento o, si el procedimiento ya se ha iniciado, pondrán tal circunstancia en conocimiento de las partes. las partes. No obstante, este principio imperativo (que no está sujeto al casuismo fijado, *v.gr.*, por las Reglas de la IBA) no significa que deban abstenerse a ser nombrados sólo por el mero hecho de que haya existido una relación con una de las de las partes. Para ello, en todo caso, deben hacer una declaración donde se detalle si consideran que su intervención supone un potencial conflicto de intereses o no. Existen necesariamente dudas justificadas sobre la imparcialidad de los expertos independientes si tienen un interés financiero o personal significativo en el litigio que podría verse afectado por su resultado (parcialidad real). Las dudas también son justificables si un observador imparcial e informado, tras considerar los hechos, concluye que existe una posibilidad real de que el experto independiente sea parcial (parcialidad aparente).

- v) *Recusación, imposibilidad para llevar a cabo su función o renuncia. Sustitución*. Después del nombramiento el experto podrá ser recusado por una de las partes si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia (44) . La parte que recuse a un experto deberá notificarlo, exponiendo las razones de la recusación, en un plazo breve (*v.gr.*, siete días) después de haber recibido la notificación del nombramiento del experto o después de haber tenido conocimiento de las circunstancias que considere dan lugar a una duda justificable respecto de la imparcialidad o independencia del experto. Este último o el Centro a su entera discreción, podrán suspender o continuar con el procedimiento mientras esté pendiente la recusación. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación y si el experto recusado no renuncia, la decisión sobre la recusación la adoptará el Centro de conformidad con sus procedimientos internos. Dicha decisión es de carácter administrativo y será definitiva. No se exigirá del Centro que explique las razones de su decisión (45) .

En caso de que los expertos independientes enfermen o no sean capaces de llevar a cabo la encomienda, o cuando sea improcedente continuar (*v.gr.*, si se produce un conflicto de intereses que hace insostenible su posición), puede que no tengan otra alternativa que renunciar. Tales circunstancias no son muy frecuentes, y la jurisprudencia es escasa o nula en lo que respecta a las

consecuencias que pueden derivarse de una dimisión, como la responsabilidad por los honorarios del experto independiente, o los costes que se tiran. Pero debe quedar bien sentado que los expertos que renuncien de forma injustificada pueden ser considerados responsables ante las partes por las consecuencias. Por lo tanto, si tienen la intención de dimitir deben consultar primero a las partes por escrito y, si es posible, obtener la aceptación de las partes de que su dimisión sería razonable en todas las circunstancias, con un acuerdo también en cuanto al pago de sus honorarios y gastos. Los expertos independientes también deberían considerar la posibilidad de incluir en su escrito de aceptación una referencia a la posibilidad de dimitir y la forma en que se trataría esta cuestión.

El procedimiento para la sustitución de un experto independiente que dimite, o que de alguna manera está incapacitado, es el siguiente: a) las partes pueden ponerse de acuerdo sobre el experto independiente sustituto; o b) las partes pueden solicitar al Presidente del Centro administrador el nombramiento de un experto independiente sustituto (46) .

## 2. Deberes

18. Muy vinculados a los deberes de los árbitros, pero mucho menos rigurosos, pueden apuntarse los siguientes deberes que afectan al ejercicio de la función de experto:

- i) *Comportamiento*: A diferencia del arbitraje no están prohibidas las comunicaciones por separado, que se refieran exclusivamente a cuestiones de organización, tales como las instalaciones, el lugar, la fecha o la hora de las audiencias o bien, cuando se tratare de recabar información sobre las aptitudes, disponibilidad o independencia de un candidato a experto.

El experto debe de responder puntualmente de las cuestiones específicas que se les remitan pues si no lo hace podría encontrarse con dificultades para obtener o, lo que es peor, a una acción contra él por negligencia y/o incumplimiento de contrato.

- ii) *Confidencialidad*. Sujeto a excepciones específicamente definidas, las Reglas de los Centros protegen la confidencialidad de la todo lo relacionado con el dictamen de experto. Por consiguiente, toda persona que participe en el dictamen de experto, incluidos en particular, las partes, sus representantes y asesores, el experto y el Centro, deberán respetar el carácter confidencial de el dictamen de experto y no podrán usar o revelar a terceros la información concerniente u obtenida durante el proceso de dictamen de experto (47) .
- iii) *Responsabilidad*: Los expertos serán responsables de los daños y perjuicios si cualquiera de las partes alcanza a demostrar su negligencia, ya sea en la recopilación de material relevante para su dictamen o en la puesta en el ejercicio de su experticia. En caso de incumplimiento de su encomienda, el experto se convierte en responsable ante las partes y ante terceros, con carácter contractual o extracontractual (o por ambos), al no haber actuado de acuerdo con los términos de la encomienda, o por no haber ejercido el nivel de cuidado y diligencia que se esperaba de su posición. La parte o partes perjudicadas puede reclamar y en su caso obtener una indemnización por daños y perjuicios, aunque le incumbe demostrar que lo actuado por el experto quedaba fuera del margen de error permitido, o que ha incumplido con sus deberes de independencia e

imparcialidad.

## V. SUSTANCIACIÓN DEL CASO

### 1. Simplicidad y ausencia de formalismos

19. Con esta expresión se describen las posibles los trámites inherentes a las sucesivas etapas que los expertos pueden considerar para realizar su función. Con carácter general las reglas aplicables previstas en las legislaciones estatales no se aplican a estos procedimientos, lo cual entraña importantes consecuencias: no existen normas procesales vinculantes, ni se cuenta con el apoyo judicial en caso de aparecer con las incidencias procesales, por ejemplo, la práctica de una recusación contra un experto y, lo que es más importante, el resultado del dictamen de experto no puede ser ejecutado judicialmente.

El experto deberá seguir los procedimientos adecuados a las circunstancias del caso particular, a las previsiones de las partes y a las disposiciones pertinentes del acuerdo, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio rápido, rentable y justo para resolver la controversia (48). Ahora bien, la confección del dictamen de experto sólo puede hacerse en un tiempo prudencial si las cuestiones que se le plantean están claramente delimitadas o poseen un carácter esencialmente técnico. En caso de que no se den estas circunstancias puede perderse gran parte de la utilidad de este procedimiento que está esencialmente proyectado para la obtención de una decisión en cuestión de semanas. Fácil es comprender que en una controversia compleja, precisada de unas condiciones detalladas en sucesivos trámites como en el nombramiento del experto, en la elaboración de un acuerdo sobre las reglas de procedimiento, en la resolución de cuestiones preliminares de derecho o en otras cuestiones procedimentales como la producción de documentos, la posibilidad de declaraciones de testigos o la entrega de un borrador de informe para que las partes lo valoren, antes de que se emita el informe definitivo, acaso sea mucho más operativo acudir al procedimiento clásico del arbitraje.

---

El experto deberá seguir los procedimientos adecuados a las circunstancias del caso particular, a las previsiones de las partes y a las disposiciones pertinentes del acuerdo, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio rápido, rentable y justo para resolver la controversia

---

En los reglamentos de los Centros administradores no existen excesivas reglas que detallen los requisitos para preparar alegatos, realizar una investigación detallada de los documentos, interrogar a los testigos o realizar audiencias como acontece con el arbitraje. Ciertamente, al igual que el árbitro, un experto puede realizar investigaciones independientemente de las partes, pero, a diferencia de un árbitro, no necesita su consentimiento antes de tomar la decisión. Dicho en otros

términos, los expertos están obligados a llevar a cabo sus propias investigaciones a menos que la cláusula de resolución de controversias u otro acuerdo similar entre las partes limite esta posibilidad; o la información suministrada por las u otra información de la que ya tienen conocimiento en virtud de su experiencia, sean suficiente para realizar su encomienda.

## 2. Desglose de las actuaciones

20. La tarea última del experto es emitir un dictamen escrito en el que se detallen las comprobaciones que ha realizado dentro de los límites de su encomienda y este dictamen sólo podrá emitirse una vez que éste haya oído a las partes y/o haya permitido que éstas presenten sus alegaciones por escrito. Para llegar a tal dictamen deben superarse una serie de trámites que se detallan a continuación:

- i) *Solicitud.* Cuando una de las partes de un acuerdo conducente al dictamen de experto desee iniciar el proceso, presentará por escrito una solicitud al Centro (49) que podrá ser presentada conjuntamente por todas las partes contratantes. Dentro de las menciones que debe incluir la solicitud acostumbra a figurar: a) los nombres, direcciones y números de teléfono, correo electrónico o cualquier otra referencia a fines de comunicación, de las partes en el proceso de dictamen de experto y del representante de la parte que presenta la solicitud de dictamen de experto; b) una copia del acuerdo conducente al dictamen de experto; c) una breve descripción de la controversia sometida a dictamen de experto; d) toda clase de documentos u otra información que la parte que presenta la solicitud considere relevante en el proceso de dictamen de experto; e) observaciones acerca del ámbito de el dictamen de experto y de los plazos para su realización; f) el pago de la tasa administrativa (50) .
- ii) *Reunión preliminar:* Una vez nombrado, el experto remitirá en la mayoría de los casos una carta preliminar a las partes, y otra a la recepción de las alegaciones/contra alegaciones. No es indispensable que se reúna con las partes y, de hecho, hacerlo podría suponer gasto y retrasos. Las audiencias orales, son no son muy frecuentes, dado que el dictamen de experto es esencialmente un procedimiento de investigación.

En algunos casos, sin embargo, puede ser conveniente una reunión preliminar, si el asunto es complejo, o (raramente) si la cláusula de resolución de conflictos así lo establece. Para esta reunión, que puede ser útil para acordar los términos de referencia y el procedimiento y para su práctica, el experto convocará a las partes para que, de manera presencial o por teleconferencia, se celebre tan pronto como sea posible. En orden a su contenido los objetivos de esta conferencia serán, con carácter general: a) verificar las presentaciones de las partes; b) discutir y acordar las cuestiones en litigio; c) establecer reglas de procedimiento mediante el cual dichas cuestiones suscitadas por las partes puedan ser aclaradas y acordadas; d) planificar y acordar la forma en que debe desarrollarse el procedimiento, incluyendo un calendario para la presentación de alegaciones, documentos y cualquier otro material probatorio, y e) adoptar las medidas pertinentes de planificación y administración que puedan ser necesarias en relación con el procedimiento. Si las circunstancias del caso lo requieren, se adoptarán en la conferencia las medidas pertinentes para que las personas involucradas en el procedimiento suscriban un acuerdo de confidencialidad.

Al final de la reunión preliminar, el experto dejará constancia de ciertas cuestiones de tiempo y procedimiento que se han acordado o decidido en relación con la realización del proceso de dictamen de experto. La mejor manera de hacerlo es emitir una lista de orientaciones a las partes, normalmente denominadas "Instrucciones" o "Instrucciones de Procedimiento", soliendo la generalidad de los expertos elaborar sus propias instrucciones estándar para que les sirvan de ayuda. Sin embargo, el uso de tales precedentes no debe excluir la necesidad de abordar cada situación de nuevo, para que los expertos puedan calibrar lo que es mejor para las partes en ese dictamen que deben redactar. En todo caso, los expertos deben instar a las partes a que se pongan de acuerdo en el mayor número posible de hechos, con el objetivo de garantizar que el dictamen se refiera únicamente a los asuntos que son realmente controvertidos, con las consiguientes economías de tiempo y de costes. Para ello es esencial que los expertos registren correctamente los nombres de las partes, brindando la reunión preliminar con las partes, si se celebra, o el proyecto de Instrucciones, la oportunidad de hacerlo. Es probable que la solicitud haya sido presentada por una de las partes del litigio, y es concebible que no haya estado en posesión de todos los hechos y a ello se une la necesidad de considerar una serie de situaciones con mucha atención: a) una de las partes puede ser una empresa que ha cambiado de nombre tras una adquisición o fusión; en este caso debe indicarse la nueva denominación (aunque no estaría de más mencionar también; b) una de las partes puede ser una sociedad, o llevar a cabo su actividad bajo un nombre comercial; c) las partes pueden no ser las mismas que las que aparecen en el acuerdo, *v.gr.*, en el caso de un arrendamiento, la propiedad absoluta puede haber cambiado de manos o el arrendamiento puede haber sido cedido, o una garantía colateral puede haber sido cedida a un comprador y hay que tener cuidado de mostrar el nombre actual, lo que puede obviarse explicando tal circunstancia en el comienzo de las actuaciones. En tal caso, el experto deben asegurarse de que la nueva parte conoce sus obligaciones en relación con la remisión y de que se prevé la recuperación de los costes de la parte saliente.

- iii) *Comunicaciones y alegatos por escrito.* Aunque los expertos no están sujetos a un marco estatutario que rija su actuación en el procedimiento, se le recomienda que se aseguren que en las comunicaciones hacia y desde las partes, por cualquier medio, se remitan sistemáticamente a todos. Por lo general, el experto requerirá a las partes la entrega de alegatos por escrito sobre los temas en controversia en lugar de celebrar una audiencia oral, sin embargo, las partes pueden decidir acerca de la necesidad de una audiencia oral.

Las partes pondrán a disposición del experto todos los medios necesarios para llevar a cabo su encomienda y, en particular, facilitarán todos los documentos que éste considere necesarios, permitiéndole el libre acceso a cualquier lugar al que deba acudir para el correcto cumplimiento de su misión. Por su parte, el experto deberá dar a cada parte la oportunidad de comentar cualquier información o documento proporcionado por cualquier otra parte

- iv) *Audiencias:* No existe unas reglas que conduzcan inexorablemente a la realización de una audiencia en el caso del dictamen de experto, y sería un hecho muy inusual y, por lo demás, los reglamentos de los Centros administradores mantiene en este apartado un marcado particularismo. Eso sí, pueden distinguirse las siguientes situaciones: a) si el acuerdo estipula que

debe haber una audiencia (lo cual no suele acontecer), procedería llevarla a cabo a menos que ambas partes convengan lo contrario; b) si el acuerdo no lo estipula, pero ambas partes están de acuerdo en que debe haber una audiencia, los expertos no tienen poder para impedirla; c) si las partes no se ponen de acuerdo, y el acuerdo no dice nada al respecto, en la práctica no puede celebrarse una audiencia, ya que el experto no puede obligar a las partes (o a cualquier otra persona) a asistir a ella, aunque considere que dicha audiencia sería la mejor manera de resolver las cuestiones; y d) la audiencia no tiene por qué ser una ocasión muy formal en la que se traten todos los aspectos del caso, sino que puede ser simplemente una reunión (con la presencia de las partes) para aclarar áreas específicas que el experto independiente desea indagar.

En el caso inusual de que el procedimiento acordado por las partes (ya sea *ad hoc* o figure en su acuerdo) prevea que el proceso de dictamen de experto se lleve a cabo mediante una audiencia oral, gran parte de las orientaciones contenidas en los reglamentos de arbitraje serán de aplicación *mutatis mutandis*.

- v) *Prorroga de los plazos.* La fecha de comienzo del proceso de dictamen de experto, en el caso de intervención de un Centro administrador será aquélla en la que dicho Centro reciba la solicitud de dictamen de experto (51). La experiencia ha demostrado que las partes suelen solicitar prórrogas de los calendarios. Si ambas partes solicitan una prórroga, el experto debería aceptarla. Si esta revisión va a causar dificultades a los expertos independientes (*v.gr.*, un nuevo retraso en la finalización de la determinación debido a otros compromisos), deberán informar a las partes de ello. Si la solicitud es presentada por una sola parte y la otra se resiste o guarda silencio, los expertos tienen la obligación de proceder, y no se puede considerar que con ello modifiquen el contrato a petición de una sola parte. Sin embargo, los expertos deben ser pragmáticos y tener en cuenta la gravedad de la solicitud y el efecto que tendrá cualquier retraso antes de tomar su decisión
  
- vi) *Valoración de la prueba.* La tarea fundamental de los expertos suele consistir en reunir y evaluar las pruebas que se les presentan, excluyendo, en su caso, las inadmisibles, utilizando para ello su capacidad y experiencia. Pueden exigir a las partes que establezcan o presenten sus argumentaciones (sean de hecho o de fondo) sin excesivas formalidades, a menos que éstas, por supuesto, acuerden lo contrario. No son de aplicación las reglas utilizadas ante la jurisdicción sobre admisibilidad de las pruebas y a menos que el acuerdo establezca algún requisito particular (lo que no es habitual), por lo cual los expertos pueden establecerlas a su discreción. En teoría, pueden prestar atención a cualquier información que consideren relevante, pues es consustancial a la potestad del experto la facultad de actuar inquisitivamente en virtud de sus conocimientos específicos estando habilitado para realizar sus propias investigaciones sin ninguna referencia a las partes. Sus únicas limitaciones derivan del obligado respeto al principio de igualdad de las partes, dando a cada una de ellas la posibilidad de presentar la información que consideren relevante para el proceso, y de la observancia de deber primordial de actuar con equidad entre las partes. Para ello han de asumir la necesidad de verificar y de llevar a cabo todas las investigaciones que con carácter razonable puedan llevar a cabo, junto con cualquier otra que ellos mismos consideren esenciales para llegar a su decisión pues, independientemente de su amplia libertad de actuación, antes de rechazar una prueba deben de preguntarse acerca de la

conveniencia de hacerlo. Incluso si las partes han acordado una declaración de hechos y decidido que el experto puede basarse en ella, este último sigue teniendo la obligación de recabar cualquier información adicional que estime necesaria para llegar a una conclusión basada en sus propias opiniones y cálculos.

A diferencia de los casos en los que intervienen los árbitros, donde el uso de sus conocimientos específicos sin permitir que las partes se pronuncien ha sido criticado por los tribunales, los expertos no sólo están obligados a utilizar sus propios conocimientos, sino como se ha indicado a complementar esos conocimientos en los casos en los que la información suministrada por las partes es insuficiente. Pero no están facultados para la citación de testigos no propuestos por las partes u obligar a la presentación de información o documentos que estén en posesión o control de una parte, por lo cual resulta aconsejable que aseguren en el acuerdo con las partes su disposición para cooperar y cumplir con sus peticiones.

En definitiva, el experto podrá, en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte: a) admitir o exigir nuevas pruebas, incluida la presentación de documentos u otra información que esté en posesión o control de una parte; b) requerir las declaraciones o comparecencias de los testigos propuestos por las partes; c) inspeccionar o solicitar la inspección de cualquier lugar, propiedad, producto o proceso que considere oportuno en el ejercicio de su misión.

## VI. EMISIÓN DEL DICTAMEN

### 1. Resolución del experto

21. Al igual que en otros ADR la emisión del dictamen va precedida de otros eventos que pueden evitarla: el acuerdo de las partes o la imposibilidad sobrevenida. En el primer caso, si el acuerdo se alcanza antes de que dicte su dictamen, el experto dará por terminado el procedimiento. En el segundo caso, si, antes de que se dicte el dictamen, la continuación de las actuaciones se hace innecesaria o imposible por cualquier razón, el experto también dará por terminado el procedimiento.

22. Salvo en los casos anteriormente señalados, el experto emitirá su dictamen por escrito después de que las partes hayan practicado sus presentaciones escritas y/o hayan realizado presentaciones orales y una vez practicada cualquier investigación, o dentro de los límites establecidos en la encomienda. El dictamen comprenderá cualquier resolución vinculante de un desacuerdo por parte de un responsable de la toma de decisiones con conocimientos especializados, que es designado en virtud de un contrato y no actúa ni como juez ni como árbitro. Pero más allá de esto, las generalizaciones son difíciles, pues los requisitos de procedimiento y los poderes del experto varían, a veces de forma significativa según el reglamento aplicable y de los términos detallados del acuerdo de las partes.

---

El experto emitirá su dictamen por escrito después de que las partes hayan practicado sus presentaciones escritas y/o hayan realizado



## presentaciones orales y una vez practicada cualquier investigación, o dentro de los límites establecidos en la encomienda

Un dictamen de experto "basada en documentos" (también denominada "por escrito") es, como sugiere la expresión, una decisión que evita la alternativa más costosa e incómoda de una audiencia, pero no impide que los expertos convoquen a los representantes de las partes a una reunión para pedir aclaraciones sobre las cuestiones planteadas. En este caso la controversia, de carácter exclusivamente documental se lleva a cabo mediante el intercambio de pruebas y alegaciones. Estos documentos suelen denominarse genéricamente "declaraciones" o "declaraciones cruzadas" (en el caso de los documentos de refutación), pero este término tiende a desdibujar la importante distinción entre la prueba pericial, por un lado, y los escritos (o argumentos), por otro, a los que se aplican normas de conducta profesional totalmente diferentes. No estaría de más utilizar términos más apropiados y específicos para describir los apartados inherentes de los documentos, por ejemplo, "informe" para la sección que trata de sus pruebas, y "alegaciones" para el resto, pues estos últimos términos poseen ya carta de naturaleza en otros mecanismos de solución de controversias.

### 2. Elementos característicos

23. Salvo el acuerdo de las partes o la imposibilidad sobrevenida, procederá la emisión del dictamen, cuyas características son las siguientes:

- i) *Contenido.* Los expertos tienen el deber de llegar a un dictamen final asegurándose de que esta determinación no incluya conclusiones alternativas en diferentes supuestos que no proporcionen a las partes un resultado concluyente. La finalidad de una determinación es resolver todas las cuestiones de la controversia que han sido remitidas al experto independiente y plasmarlas en un documento válido y ejecutable.
- ii) *Carácter contractual.* Es importante tener en cuenta el carácter contractual del dictamen, por consiguiente, está siempre condicionado, si el litigio posee carácter internacional por la ley aplicable al contrato. Existe una importante decisión de la jurisprudencia francesa, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Versalles 5 de abril de 2001 que abunda sobre esta cuestión. En el caso, las partes habían insertado en el contrato una cláusula de cierta complejidad ("*En rendant sa décision sur le différend, le tiers-arbitre sera réputé agir comme un tiers au sens de l'article 1592 du code civil français*") referida a una controversia relacionada con la determinación del precio, yo el Tribunal consideró que no se trataba de una cláusula de arbitraje (52), "la referencia expresa a las disposiciones del art. 1592 del Código Civil francés en un acuerdo entre partes experimentadas en el mundo de los negocios, que se presumen asistidas por un abogado experto, es suficiente para establecer la voluntad de las partes de confiar el conflicto relativo a la determinación del precio a un tercer árbitro".

La cuestión de si debe otorgarse o no al experto la autoridad para decidir sobre cuestiones de interpretación del contrato sólo puede responderse teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Sin embargo, no debe descartarse tal posibilidad, por ejemplo, para decidir sobre la

interpretación de cuestiones relacionadas con términos técnicos que entran en el campo específico de los conocimientos profesionales del experto. En tal caso, y sin perjuicio de la existencia de una regla de derecho o de equidad, o de un acuerdo escrito de las partes en sentido contrario, la decisión del experto deberá contener una motivación en la forma que considere razonablemente apropiada, teniendo en cuenta la cuantía y la complejidad de la controversia.

- iii) *Alcance de la motivación.* No existe unanimidad en los reglamentos acerca de la posibilidad de que experto cumpla con su encomienda simplemente respondiendo a las cuestiones suscitadas por las partes. Mas insistiendo en la naturaleza esencialmente contractual de este procedimiento no cabe descartar que las partes deseen que el dictamen esté respaldado por un razonamiento suficientemente adecuado para ser entendido por la dirección de la empresa, y ello requiere inexorablemente el suministro de razones que serán examinadas por la parte o las partes.

Cuando se haya acordado la necesidad de motivación del dictamen, deberá estudiarse cuidadosamente su alcance (*v.gr.*, la base de los cálculos y las hipótesis o interpretaciones jurídicas adoptadas, etc.). En general, los argumentos ofrecidos por los expertos en una resolución motivada son bastante menos extensas que las redactadas por los árbitros en el laudo, entre otras cosas porque no están obligados a considerar todos los argumentos presentados por las partes, lo que no les exime de exponer el razonamiento detallado sobre aquellas cuestiones que son relevantes para sustentar su decisión. Si no se ha acordado expresamente este requisito el experto quedará exento de dar explicación o justificación alguna, pues no pesan sobre él obligaciones similares a las establecidas en el art. 37.4º LA/2003 para los árbitros: Cosa distinta acontece en los casos administrados al disponer muchos reglamentos expresamente el deber de motivación. Dejando a un lado las dificultades prácticas, los expertos pueden aceptar excepcionalmente presentar consideraciones una vez pronunciado su dictamen si ambas partes lo solicitan, pero en ese caso se justificaría casi con seguridad la presentación de unos honorarios adicionales.

El significado de aportar "razones suficientes" obliga al experto a informar de los pasos seguidos a lo largo de su actuación, pero únicamente en la medida necesaria para permitir a las partes comprobar si ha cumplido con los requisitos de la cláusula teniendo en cuenta los asuntos que estaba obligado considerar y haciendo caso omiso del resto. En tal caso, la mayoría de los expertos independientes suelen esforzarse por aclarar la motivación lo antes posible en el proceso.

Hay que distinguir tres situaciones. En primer lugar, si el acuerdo establece que deben expresarse los motivos, la obligación queda clara (a menos que las partes hayan informado al experto independiente de que han acordado otra cosa). En segundo lugar, si el acuerdo establece que no deben darse razones, los expertos no están autorizados a suministrarlas a menos que ambas partes estén de acuerdo en que deben hacerlo después de todo. Si, a pesar de ello, una de las partes pide a un experto independiente que exponga su razonamiento sería una buena práctica que se preguntara a la otra parte si está o no de acuerdo. Si esa parte dice que no está de acuerdo, los expertos independientes no deben dar razones. Si la otra parte guarda silencio, los expertos independientes pueden dar razones (o una explicación) aunque no están obligados a

hacerlo. No se trata de una cuestión de ética profesional, sino simplemente de cumplir las instrucciones de las partes. En tercer lugar, si el acuerdo no se pronuncia sobre la cuestión de si la resolución debe ser motivada, los expertos independientes deben pedir a las partes que confirmen si desean que confirmen este extremo y si no llegan a un acuerdo, deberán considerar la conveniencia de motivar, en función de las circunstancias de la controversia.

Habida cuenta que los expertos son potencialmente responsables por negligencia, es aconsejable que conserven notas detalladas y una explicación escrita de cómo han llegado a sus conclusiones. Estos documentos deben conservarse durante un período adecuado.

- iv) *Renuncia del derecho a objetar.* En los reglamentos de los Centros administradores es habitual incluir una regla en virtud de la cual la parte que continúe con el procedimiento conducente a un dictamen de experto renuncia a su derecho a objetar en caso de no haber presentado oportunamente una objeción: a) por el incumplimiento de cualquier disposición del Reglamento; b) frente a cualquier instrucción dada por el Centro o por el experto o c) en orden a cualquier requisito condicionante de su misión, con su nombramiento o con el desarrollo del procedimiento conducente a la consecución del dictamen.
- v) *Escrutinio.* Algunos Centros de arbitraje incorporan mecanismos tendentes a garantizar la eficacia del dictamen, exigiendo que el proyecto del mismo sea sometido con carácter previo a su consideración. En tal caso el Centro podrá establecer modificaciones en cuanto a la forma del dictamen y, sin afectar la libertad de decisión del experto, podrá también llamar la atención de este sobre puntos de fondo. El experto se abstendrá de suministrar información alguna a las partes o a terceros sobre su decisión antes de que el Centro apruebe su dictamen.
- vi) *Notificación del dictamen y terminación del procedimiento.* El dictamen del experto, una vez firmado por éste, será enviado al Centro en tantos ejemplares como partes haya, más uno para el Centro. Posteriormente, el Centro notificará dicho dictamen a la parte o partes y declarará por escrito que el procedimiento administrado por el experto ha terminado.

### 3. Costes

24. Los costes del proceso incluyen los honorarios y gastos del experto y, en su caso, la tasa de la nominación u otros honorarios pagaderos al Centro administrador, que puede incluir los costes de alquiler de salas y de transcripción. En general, y salvo acuerdo escrito de las partes en sentido contrario, cada parte pagará sus propios costes del procedimiento o incidentales al mismo.

- i) *Determinación.* Los expertos acostumbran a acordar con las partes, en el momento de aceptar el nombramiento, unas condiciones de remuneración adecuadas. Si no lo hacen, no podrán negarse a proceder al dictado del dictamen alegando que las partes no han abonado acordado las correspondientes provisiones de fondos para cubrir sus honorarios u otros gastos inherentes a su encomienda. Correlativamente, las partes están obligadas a pagar a los expertos independientes unos honorarios razonables y en caso de controversia, es probable que se determinen a partir de una tarifa horaria razonable. En efecto, los expertos que proceden a realizar su encomienda sin el acuerdo de las partes en cuanto al pago de sus honorarios tienen

derecho a que se les pague una tarifa razonable por el trabajo realizado a petición implícita de ambas partes en virtud del acuerdo conducente al dictamen de experto. Para evitar situaciones indeseadas los expertos deben, inmediatamente después de su nombramiento, o a más tardar en la reunión preliminar (si se celebra), no sólo establecer la base de los honorarios y costes, sino también obtener el acuerdo expreso de una o ambas partes de abonarlos como parte del contrato o de las condiciones de contratación que hayan suscrito. La base de cobro debe ser lo suficientemente flexible como para cubrir no sólo los honorarios, sino también los desembolsos, por ejemplo, en concepto de asesoramiento jurídico y gastos de viaje.

- ii) *Cuantía.* Se decide generalmente en función del fondo de cada caso concreto. Teniendo en cuenta su deber de reunir información y su potencial responsabilidad en caso de negligencia, puede estar justificado que perciban unos honorarios superiores a los que cobrarían si actuaran como árbitros o para una de las partes en solitario, pero, obviamente, esto variará en función de las condiciones del mercado. Deben estar preparados en todo caso para discutir el monto, tanto si el nombramiento lo hacen las partes como el Presidente del Centro.
- iii) *Liquidación.* En los supuestos administrados, una vez finalizado el procedimiento, el Centro fijará el total de las costas del procedimiento y procederá a reembolsar a la parte o partes el exceso de pago o facturará a la parte o partes el saldo requerido de conformidad con el Reglamento. El saldo, si lo hubiera, deberá ser sufragado antes de la notificación del informe final del experto independiente a la parte o partes.

#### 4. Carácter vinculante e impugnación

25. Para situar este debate en su contexto, es útil identificar tres modalidades de dictamen de experto vinculante.

- i) La primera es cuando el designado (a menudo llamado arquitecto o ingeniero) llevó a cabo una función de certificación en un contrato de construcción, actuando como experto, y pronuncia un dictamen. Esta suele ser una fórmula bastante habitual de resolución alternativa de conflictos: las partes contratan a un experto para que evalúe una disputa existente y sugiera un resultado y aunque el resultado sugerido no sea vinculante, resulta de gran utilidad para avanzar en las negociaciones, ayudando así a las partes a alcanzar su propia solución acordada para el conflicto.
- ii) La segunda modalidad da lugar a un empleo del dictamen como un nivel previo o intermedio antes de la puesta en marcha de un arbitraje, asemejándose a la técnica de los *dispute boards* y que puede ser aceptada por las partes a menos que el referido arbitraje tenga lugar.
- iii) Por último, la tercera modalidad, que es la nos interesa ahora, comporta la utilización del dictamen como sustitutivo del arbitraje para resolver algunas, o todas, las disputas que surgen entre las partes y tiene carácter vinculante. Alternativamente, también por acuerdo de las partes, puede tener el efecto de una recomendación si estas han fijado un plazo mediante el cual puede rechazar formalmente por escrito el dictamen. Si no hay rechazo dentro de dicho plazo, entonces la determinación es definitiva y vinculante para las partes, pero si hay un rechazo, las

partes tal vez deseen remitir el asunto a arbitraje o litigio (53) .

26. Una de las razones que motivan a las empresas a elegir este proceso como método de resolución de conflictos es su virtualidad de ofrecer una respuesta caracterizada por su firmeza. En general, la decisión del experto es vinculante para las partes y es esta una cuestión cada vez más respaldada por las jurisdicciones nacionales. Un buen ejemplo lo ofrece la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur de 17 de julio de 3 de agosto de 2020 en el asunto *May Harlow Pty Ltd contra Winten*, que reforzó el argumento de que las partes no tendrán derecho a iniciar un procedimiento jurisdiccional para resolver sus controversias si previamente han acudido a un dictamen de experto, siempre que la cláusula de remisión sea válida y declare el carácter vinculante de dicho dictamen. Y añadió que "*A reasonable businessperson would not consider that the parties had intended to embark on this dispute resolution process as a mere warm up to court proceedings in which any party could apply to change the expert determination on any basis whatsoever* (54) .

En el caso de que las partes acepten quedar vinculadas por el dictamen resulta muy compleja su impugnación habida cuenta que no existe una vía de recurso como en el mecanismo jurisdiccional y hay menos motivos de impugnación que en el arbitraje. Precisamente esta mayor seguridad en la firmeza del resultado, unida a las ventajas en términos de coste y rapidez, conforma una de las características más atractivas del dictamen de experto.

Sólo se puede denegar el efecto vinculante si el dictamen es: a) manifiestamente injusto, esto es, si adolece de graves deficiencias de procedimiento o de fundamentación; b) la decisión adoptada por el experto se ha excedido de la encomienda y, por lo tanto, las partes no han aceptado quedar vinculadas por ella; c) el experto ha sido parcial al tomar su decisión. De esta suerte el dictamen puede ser anulado cuando el experto se ha apartado materialmente de las instrucciones de las partes actuando al margen de la encomienda o si la han incumplido de manera tan flagrante que su incompetencia equivale a una desviación material de sus instrucciones. Esto puede acontecer cuando un experto ha malinterpretado la naturaleza de una tarea, por ejemplo, aplicando unas normas contables equivocadas.

---

El dictamen de experto definitivo y vinculante ha surgido, en cierta medida, como respuesta a la experiencia insatisfactoria del arbitraje en la resolución de ciertos contenciosos, sin desplazar su protagonismo, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos

---

Procede matizar el alcance de los términos 'definitivo' o "vinculante", que pueden figurar en el acuerdo preliminar o en los reglamentos de ciertos Centros administradores derecho, pues su inserción no significa necesariamente que el dictamen no pueda ser impugnada. Existe unanimidad en que, en determinadas circunstancias, ciertamente limitadas, el dictamen puede perder su efecto

vinculante. Aunque hay diferencias en los detalles, la mayoría de las jurisdicciones estatales coinciden en las posibilidades de impugnación. Se habla en los sistemas de Derecho civil de la impugnación basada en un resultado es materialmente erróneo, por ejemplo, si es *offensichtlich unrichtig* según el Derecho alemán, si contiene un *erreur grossière* según la terminología francesa, o si es *manifestamente iniqua o errónea* de conformidad con el art. 1349 del *Codice Civile* italiano. Por su parte, en los sistemas del *common law* se incide casi exclusivamente en la conducta del experto más que en el resultado de su parecer, con argumentos basados casos de "fraude grave", "motivo impropio" o "colusión" o en supuestos de una desviación apreciable de las instrucciones de las partes, como se ha establecido por ejemplo en la jurisdicción británica (*England and Wales Court of Appeal*) en los asuntos *Galaxy Energy International Ltd. v. Eurobunker Spa* (55) y *Veba Oil Supply & Trading GmbH v. Petrotrade Inc. Petrotrade Inc* (56)

En otras palabras, si un dictamen de experto es definitivo y vinculante, sólo puede ser impugnado por motivos muy limitados que no comprenden la equivocación de experto, aunque será posible presentar una demanda por negligencia, ya que los expertos que realizan determinaciones de expertos no comparten la misma inmunidad de enjuiciamiento que los árbitros. Paradójicamente, también es uno de los mayores escollos: si el experto se equivoca, las partes pueden quedarse con la decisión. Sin embargo, aunque generalmente un error no es motivo de impugnación del dictamen, sí puede serlo si el experto se ha apartado materialmente de sus instrucciones, es decir, si no ha realizado la tarea que su contrato le exigía. Un ejemplo de ello sería el caso de que se le pidiera al experto que valorara una propiedad pero en realidad valora otra.

## 5. Ejecución

27. No es en modo alguno el dictamen de experto un laudo arbitral y, por consiguiente, no es ejecutable en virtud de las reglas previstas en las legislaciones internas para éste (en España "despacho de ejecución") o, en los supuestos internacionales, por la Convención de Nueva York de 1958. Para ejecutar un dictamen de experto, la parte ganadora debe iniciar un procedimiento y argumentar que las partes han quedado obligadas por su semejante decisión contractual. Evidentemente esta es la principal desventaja del mecanismo que estamos estudiando pues el dictamen no da lugar *per se* a un título ejecutivo, de suerte que la ejecución contra la parte incumplidora puede requerir operaciones de carácter notarial o procedimientos judiciales. Recuérdese que, en materia de mediación el art. 25.1º de La Ley 6/2012, de 6 de julio dispone que: "Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación". Y a ello conviene añadir que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del arbitraje, no existen normas armonizadas sobre el procedimiento, el poder del experto, la impugnación de su dictamen de experto y la interacción entre el tribunal estatal o el arbitral con el procedimiento de dictamen de experto. Ni que decir tiene que todas estas cuestiones se rigen por la ley aplicable y la solución en virtud de la misma puede variar considerablemente.

Una vez que un experto ha concluido con su encomienda, la ejecución de su dictamen suele ser una cuestión regulada por el Derecho interno pues, si tiene alcance internacional, no existe un equivalente similar al previsto en Convención de Nueva York para los laudos arbitrajes. Cuando una parte impugna una decisión, el nivel de exigencia para anularla es alto. El hecho de que una decisión

sea errónea no es necesariamente suficiente.

Por último debe quedar bien sentado que el dictamen del experto no tiene efecto de cosa juzgada en el sentido de una sentencia.

## VII. INDICACIÓN

28. Ante los beneficios percibidos a través del dictamen de experto éste se ha convertido para algunos sectores de la industria en un estándar a tener en cuenta a la hora de redactar cláusulas de resolución de controversias, al lado de las tradicionales que se someten a arbitraje o a los tribunales de justicia. Cada vez es más frecuente encontrarse con una cláusula de este tipo: "cualquier Controversia de naturaleza técnica (y cualquier otro asunto acordado por las partes) será remitida y finalmente resuelta por una persona independiente (experto) que deberá ser elegido por acuerdo de las partes". El dictamen de experto final y vinculante, en la que el experto actúa "como experto y no como árbitro", también ha surgido, en cierta medida, como una técnica de ADR, presumiblemente en respuesta a la experiencia insatisfactoria del arbitraje en la resolución de ciertos contenciosos, por supuesto sin desplazar su protagonismo, pues ambos mecanismos son más complementarios que antagónicos.

Se utiliza habitualmente en ciertos sectores de la actividad empresarial para resolver controversias de naturaleza variada, tanto las que giran en torno a una cuestión técnica, como las que contienen argumentos de interpretación contractual, cuando no es posible deslindarlas de dicha cuestión. Su ámbito de actuación más extendido comprende, en términos generales, las transacciones o valoraciones de mercado o la opinión de un ingeniero sobre el cumplimiento de unos requisitos específicos en un contrato de construcción (57). Se acomoda peor a las controversias de naturaleza estrictamente jurídica y a los litigios comerciales generados en torno a desacuerdos fácticos importantes, pero ello no impide que se multipliquen los sectores empresariales convencidos de que el dictamen de experto es adecuado para casi todos los conflictos que puedan surgir en cuestiones derivadas de la responsabilidad empresarial y en la contratación, tanto de bienes como de servicios.

Al elegir a un dictamen de este tipo, las partes confían en los conocimientos específicos del experto evitando un procedimiento de arbitraje largo y costoso. Pero, con carácter mucho más acentuado que en el arbitraje, un experto altamente cualificado en el sector de la construcción no tiene por qué ser el experto adecuado para un litigio sobre la eficacia del sistema de control del tráfico aéreo (58). El dictamen de experto pretende ser un mecanismo independiente y distinto del mecanismo general de arbitraje. Esto se refleja en la práctica de los contratos de fusiones y adquisiciones, en los que, por regla general, las cláusulas de dictamen de experto están integradas en las disposiciones de ajuste de precios. En cambio, las cláusulas de arbitraje suelen encontrarse al final del contrato.

29. Las cuestiones que suelen estar sujetas al dictamen de experto están relacionadas con ejercicios valorativos de mayor o menor envergadura, desde la determinación del patrimonio neto una empresa como base para el cálculo del precio de compra o los futuros beneficios de la misma en el contexto de las garantías que esta requiere, hasta la precisión del pago de alquileres, la valoración de propiedades y muchas otras evaluaciones sobre el volumen de negocios o beneficios empresariales.

También existen otras indicaciones importantes como, por ejemplo, las controversias en materia de propiedad intelectual, especialmente en el sector de las patentes (59), o en los contenciosos medioambientales. En estos casos el dictamen de experto se considera una herramienta muy adecuada y tiene especial sentido en los casos en los que la cuestión está claramente delimitada y es de tal naturaleza que un tribunal arbitral también llamaría a un experto, o escucharía a los testigos expertos designados por las partes, para aclarar la cuestión.

Las industrias de la energía y la informática son ejemplos obvios que requieren de esta metodología resolutoria pues ante el avance de las nuevas tecnologías el dictamen de experto resulta acomodarse perfectamente a las particularidades contenciosas que generan» (60) y esta acomodación también es manifiesta para resolver los conflictos derivados de los principales proyectos internacionales de construcción realizados en los últimos años. Ni que decir tiene que es el mecanismo adecuado para las controversias mineras y las derivadas del sector del petróleo y del gas, en gran parte porque es menos costoso y más rápido y evita los rigores de la aplicación de las reglas probatorias (61). Por último, constituye también una útil herramienta para resolver conflictos societarios como los que surgen en relación con las fusiones y adquisiciones

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

30. El dictamen de experto es una forma de resolución alternativa de conflictos encomendada a una persona o personas de reconocido prestigio en un sector de actividad para su resolución, ya sea vinculante o no vinculante. La decisión vinculante de experto se considera a menudo una alternativa más eficiente y rentable que el arbitraje o el litigio jurisdiccional, así como un medio de garantizar que las cuestiones técnicas complejas sean resueltas por quienes tienen la experiencia adecuada. Tal es así que en algunos sectores se ha convertido en una práctica generalizada incluir este mecanismo a la hora de redactar las cláusulas de resolución de conflictos, remitiendo todas las discrepancias de naturaleza técnica a al dictamen de los expertos, dejando todas las demás disputas para el arbitraje o el litigio ante el juez.

Cuando el contrato prevea decisiones definitivas y vinculantes por parte del experto, el alcance de su dictamen tiene efectos muy similares al arbitraje pero entraña también tres distinciones relevantes: a) mientras que un árbitro es elegido para una disputa sobre la base de las de un procedimiento complejo en el cual las partes acostumbran a tener un cierto protagonismo, un experto es elegido por su experiencia en una determinada materia y a menudo hace su propia investigación o apreciación de la cuestión, con o sin presentaciones de las partes; b) mientras que los árbitros son invariablemente personas físicas, un experto puede ser una empresa o una organización; c), mientras que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados sobre la base de la legislación interna de cada país y de la Convención de Nueva York 1958, un dictamen de experto, a menos que sea recalificado como un laudo, no se rige por la Convención de Nueva York.

31. El dictamen de experto es una modalidad de ADR que puede ser una manera muy eficaz, rápida y rentable de resolver conflictos técnicos, está plenamente aceptado en muchas jurisdicciones y descansa generalmente en una relación contractual. En consecuencia, dado que el alcance de la



autoridad del experto se basa enteramente en el contrato, no hay normas de procedimiento o disposiciones legales a las que recurrir, lo que hace esencial que la cláusula de resolución de conflictos en virtud de la cual se nombra al experto se redacte con mucho cuidado para garantizar que se prevén de forma completa y adecuada todas las necesidades de las partes y las normas de procedimiento que deben aplicarse.

Por lo general este mecanismo, en los sectores en que se aplica con preferencia, es más eficiente y rentable que el arbitraje por aumentar la probabilidad de una decisión correcta cuando una controversia gira en torno a cuestiones muy técnicas, y considerarse como una medida menos hostil que la puesta en marcha de un arbitraje o de un litigio ante la jurisdicción estatal, lo cual es especialmente importante en los contratos a largo plazo, en los que es crucial mantener relaciones comerciales amistosas.

Se trata de un fenómeno relativamente nuevo pero no competidor en sí mismo con el arbitraje como medio de resolución de conflictos. Aunque el dictamen de experto posee un papel valioso, algunos de sus inconvenientes, especialmente en el contexto internacional, son bastante significativos tanto desde el punto de vista jurídico como comercial. En particular, debido al carácter totalmente contractual del dictamen de experto, el proceso carece del apoyo disponible a nivel nacional e internacional para los procesos y laudos arbitrales.

El principal atractivo del dictamen de experto es que puede proporcionar una decisión vinculante sin implicar muchas de las formalidades que pueden acosar al arbitraje y al litigio. También tiene la ventaja de ayudar a preservar las relaciones comerciales cuando los procedimientos estrictamente contenciosos no pueden hacerlo. El proceso está controlado por las propias partes, que acuerdan de antemano si estarán o no vinculadas por las decisiones del experto, que es una persona independiente con experiencia relevante para los asuntos en disputa entre las partes.

En nuestro país, el Proyecto de Ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia presentado a las Cortes en abril 2022, contempla esta figura con cierto detalle. Es un buen presagio, pero con independencia del destino que esta iniciativa legislativa experimente, el porvenir de este ADR parece asegurado. Estoy convencido de que los próximos números de esta Revista darán cuenta de su progresiva expansión y de su incorporación a los Centros españoles dedicados a la administración del arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias.

## BIBLIOGRAFÍA

ALRAMAHI, M., «Dispute Resolution in Oil and Gas Contracts», *International Energy Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 78-85.

BORDE, F., «Expert determination by accounting firms», in ICC Dispute prevention and settlement, 2017, Sections 20 to 32.

BORGES SACOTO, C. y MAURÍCIO CORDAS, N., «A Brief Overview of Expert Determinations and a Glimpse at this Alternative Dispute Resolution Mechanism in Chile and Portugal», *Investment*

*Arbitration Outlook* Uría Menéndez, n.º 8, 2021.

BOROWSKY, M., *Das Schiedsgutachten im Common Law. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft; 2001.

CAPASSO, V., «Dispute Boards: What if They Were Multi-Tiered Arbitration?», *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 54, n.º 3, 2017, pp. 713-733.

CHERN, C., *Chern on dispute boards: practice and procedure*, 4ª ed., Abingdon, Oxon, Informa Law from Routledge, 2020.

DE, S., «The Use of Dispute Resolution to Resolve Intellectual Property Conflicts — A Survey of Emerging Trends and Practices», May 20, 2012. *HNLU Paper series* [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2062993>].

DUNDAS, H.R., «Expert Determination: Recent Developments and Effective Way Forward in Energy Disputes», *Int'l Energy L. Rev.*, 2008, pp.162 ss.

FELD, G. y SAUVAGET, G., «Les "dispute boards": originalité, évaluation et perspectives d'un mode alternatif de règlement des différends singulier», *Journ. dr. int.*, vol. 148, n.º 3, 2021, pp. 881-916.

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 ROZAS, J.C. «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Mediación civil y mercantil* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa).

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje», *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), 2.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021, pp. 183 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37-93.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje*, 2022 (en prensa).

FILIP DE LY, P. y GÉLINAS, A. (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier XV of the ICC Institute of World Business Law. ICC Pub. No. 792E, 2017.

FORTÚN, A. y IGLESIAS, A. «Mediation and Other ADR in International Construction Disputes»,

- Mediation in international commercial and investment disputes*, Oxford University Press, 2019, pp. 278-300.
- FREEDMAN, C. y FARRELL, J., *Kendall On Expert Determination*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2014.
- JONES, D., «Expert Determination in Commercial Contracts», *The Expert in Litigation and Arbitration* (M. Cato, ed.), Londres, Routledge 1999, pp. 789-809.
- JONES, D.S., «Is Expert Determination A "Final And Binding" Alternative?», *Arbitration*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 213-226.
- KENDALL, J. y REDFERN, A., *Expert Determination*, Informa Law from Routledge, 1999,
- MCHUGH, M., «Expert Determination», *Arbitration*, vol. 74, n.º 2, 2008, pp. 148-162.
- MOISSINAC-MASSÉNAT, V., *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, París, LGDJ, 2007.
- PALMER, R., «Expert determination for technical disputes — efficient alternative or jurisdictional battleground?», *Financier Worldwide*, diciembre 2019 [<https://www.financierworldwide.com/expert-determination-for-technical-disputes-efficient-alternative-or-jurisdictional-battleground#.YqRf93ZByUk>].
- PETER, W. y Greineder, D., «Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses», *Global Arb. Rev.*, 20 enero 2021.
- PIÑAR, B., «La dirimencia por experto en el Derecho español», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 7, abril-junio 2001.
- REIG FABADO, I., «La resolución alternativa de controversias en el sector internacional de la construcción: el "Dispute Adjudication Board" (DAB)», *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid], Civitas / Thomson Reuters, 2016, pp. 513-530.
- SANTENS, Á.A., «Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration: What Happens when the Expert 's Decision is Not Final and Binding?», *Arbitration*, vol. 23, n.º 4, 2007, pp. 687-698.
- SARDOUEINASAB, M. y NAMDAR, S., "Study of the characteristics of the expert determination in resolving the disputes of the oil and gas industry and how to implement it in the Iranian judicial courts", *Journal of Researches Energy Law Studies*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 97-118
- SCHÖLL, M., "Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse", *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA)*, vol. 24, n.º 4, 2006, pp. 621-646.
- SESSLER, A. y LEIMERT, C., "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under

German Law", *Arbitration*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 151-166.

SHERWIN, P.J.W. y FRIEDLAND, P.D., "Expert Determination and Dispute Boards", *Arbitration clauses for international contracts* (chapter 10), 3ª ed., Huntington, New York, JurisNet, 2020.

SPENCER, D.L., "Case Notes: The Binding Nature of an Expert Determination", *Australasian Dispute Resolution Journal*, *Forthcoming* (16 febrero 2012 ) [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2060780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060780)].

VALASEK, M. y WILSON, F., "Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective", *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 63-88,

VANCRAYNEST, A., *Using Alternative Dispute Resolution to resolve patent disputes* (tesis de Master), Viena, 2017, pp. 33 ss [<https://phaidra.univie.ac.at/open/o:1336395>].

ZUFFEREY, J.-B. (en colaboración con PERRITAZ, P. y SCHUMACHER, V.), *L'expertise-arbitrage/Das Schiedsgutachten. Texte explicatif. Modèle de contrat (en français et en anglais)/Erläuterungen. Mustervertrag (in deutscher und englischer Sprache) (deutsch/französisch)*, Zürich, Schulthess, 2013; C King, "Expert Determination of Construction Disputes: The Pros and Cons", *Fenwick & Elliot Insight*. n.º 80, agosto 2018.

(1)

J.C. Fernández Rozas, "El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial", *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI. Ponencias y comunicaciones del I Curso interuniversitario internacional organizado por Universidad de Alcalá (7 a 9 de abril de 2021)* (A. Fernández Pérez, Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37-93.

Ver Texto

(2) C. Borges Sacoto y N. Maurício Cordas, "A Brief Overview of Expert Determinations and a Glimpse at this Alternative Dispute Resolution Mechanism in Chile and Portugal", *Investment Arbitration Outlook Uría Menéndez*, n.º 8, 2021.

Ver Texto

(3) C. Freedman y J. Farrell, *Kendall On Expert Determination*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 7.

Ver Texto

(4) V. Capasso, "Dispute Boards: What if They Were Multi-Tiered Arbitration?", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 54, n.º 3, 2017, pp. 713-733. C. Chern, *Chern on dispute boards: practice and procedure*, 4ª ed., Abingdon, Oxon, Informa Law from Routledge, 2020 ; G. Feld y G. Sauvaget, "Les 'dispute boards': originalité, évaluation et perspectives d'un mode alternatif de règlement des différends singulier", *Journ. dr. int.*, vol. 148, n.º 3, 2021, pp. 881-916; en la doctrina española, I. Reig Fabado, "La resolución alternativa de

controversias en el sector internacional de la construcción: el 'Dispute Adjudication Board' (DAB)", *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid], Civitas / Thomson Reuters, 2016, pp. 513-530.

[Ver Texto](#)

- (5) Por ejemplo, se puede encomendar al experto que determine una renta revisable en un contrato de alquiler a largo plazo; el valor de las acciones en un contrato de venta de acciones; si se ha producido un cambio fundamental de las circunstancias, que a su vez afecta a ciertos derechos y obligaciones; la calidad, descripción u otros aspectos de los bienes en un contrato de venta; o la virtualidad de un contrato de exploración y producción de petróleo.

[Ver Texto](#)

- (6) J.C. Fernández Rozas, "Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos", *Mediación civil y mercantil* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa).

[Ver Texto](#)

- (7) D.S. Jones, "Is Expert Determination A 'Final And Binding' Alternative?", *Arbitration*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 213-226.

[Ver Texto](#)

- (8) Por ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) ha establecido el denominado "SCC Express" que es un procedimiento voluntario que puede ser utilizado por las partes en el contrato original o en un momento posterior, por ejemplo, cuando haya surgido la controversia. La evaluación la realiza un experto neutral y experimentado que realiza una evaluación después de haber escuchado los argumentos de ambas partes. La evaluación se lleva a cabo en un plazo de tres semanas con una tasa fija de 29.000 EUR. A diferencia del resultado de un procedimiento judicial o de arbitraje, las conclusiones de la evaluación no son vinculantes para las partes a menos que acuerden explícitamente hacerlo vinculante. Los procedimientos son confidenciales. Su principal atractivo es que es rápido, barato y privado, y cada vez es más utilizado por los abogados que buscan una rápida resolución de conflictos

[Ver Texto](#)

- (9) Todas estas reglamentaciones están, convenientemente actualizadas, publicadas en internet.

[Ver Texto](#)

- (10) Vid.. P. Filip De Ly y A. Gélinas (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards*, Dossier XV of the ICC Institute of World Business Law. ICC Pub. No. 792E, 2017.

[Ver Texto](#)

- (11) Cuenta para ello con un Proyecto de reglamento que inserta una cláusula en el que la LCIA actúa como autoridad facultada para proceder a los nombramientos y administrador. Dicha cláusula está disponible

a petición de la Secretaría de la LCIA. *Vid.* Herbert, Smith, Freehills, "Use of experts in international arbitration: LCIA releases note and practice guidance ", 31 enero 2018.

Ver Texto

(12) Expert determination RICS guidance note, England, Wales and Northern Ireland, 2016  
[<<https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/upholding-professional-standards/sector-standards/dispute-resolution/independent-expert-determination-1st-edition-rics.pdf>>]

Ver Texto

(13) Res. DGRN 19 julio 2016 (BOE 19.9.2016).

Ver Texto

(14) Así lo ha hecho con acierto B. Piñar, "La dirimencia por experto en el Derecho español", *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 7, abril-junio 2001.

Ver Texto

(15) *Vid.* el texto de esta decisión en la sección "Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales españoles", en este mismo número de la Revista, *infra*.

Ver Texto

(16) 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

(17)  
A. Sessler y C. Leimert, "The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law", *Arbitration*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 151-166.

Ver Texto

(18) S. De, "The Use of Dispute Resolution to Resolve Intellectual Property Conflicts — A Survey of Emerging Trends and Practices", May 20, 2012. *HNLU Paper series* [<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2062993>>].

Ver Texto

(19) A. Fortún y A. Iglesias, "Mediation and Other ADR in International Construction Disputes", *Mediation in international commercial and investment disputes*, Oxford University Press, 2019, pp. 278-300.

Ver Texto

(20) En España el Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas está muy preocupado por la cantidad de proyectos paralizados debido a conflictos sin resolver que hay en los diferentes campos de actividad de los ingenieros de minas. Considera que el incremento de la conflictividad judicial es un

fenómeno mundial que ha puesto en evidencia que un sistema estrictamente judicial para dar respuesta a los conflictos es insuficiente y para ello propone entre otras alternativas el dictamen del experto *Vid.* Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, "Expert Determinación", 9 marzo 2021.

Ver Texto

(21) D. Jones, "Expert Determination in Commercial Contracts", *The Expert in Litigation and Arbitration* (M. Cato, ed.), Londres, Routledge 1999, pp. 789-809.

Ver Texto

(22) *LNG sale and purchase agreement (FOB)*, 21 November 2011, Between Sabine Pass Liquefaction and Gas Natural Aprovisionamientos SDG, S.A.) [<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1383650/000138365011000079/exhibit101gasnaturalingsal.htm>]. *Vid.* M. Alramahi, "Dispute Resolution in Oil and Gas Contracts", *International Energy Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 78-85.

Ver Texto

(23) R. Palmer, "Expert determination for technical disputes — efficient alternative or jurisdictional battleground?", *Financier Worldwide*, diciembre 2019 [<https://www.financierworldwide.com/expert-determination-for-technical-disputes-efficient-alternative-or-jurisdictional-battleground#.YqRfg3ZByUk>].

Ver Texto

(24) W. Peter y D. Greineder, "Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses", *Global Arb. Rev.*, 20 enero 2021.

Ver Texto

(25) J.C. Fernández Rozas, "El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional", *Anuario de Arbitraje*, 2022 (en prensa)

Ver Texto

(26) 4A\_438/2008.

Ver Texto

(27) En el Reino Unido la sentencia pronunciada en asunto *Flowgroup plc (in liquidation) v Co-operative Energy Ltd* (2021) [EWHC 344 Comm], proporciona una orientación útil sobre lo que constituye un error manifiesto en el contexto de las decisiones de expertos. El Tribunal de Comercio declaró que las circunstancias en las que se puede impugnar la decisión de un experto están muy delimitadas y que en relación con las disposiciones que permiten la impugnación por un "error manifiesto", todo lo que no sea "*oversights and blunders so obvious and obviously capable of affecting the termination as to admit of no difference of opinion*" puede no satisfacer la prueba de dicho error manifiesto.

Ver Texto

- (28) M. Valasek y F Wilson, "Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective", *Arb. Int'l*, vol. 29, n.º 1, 2013, pp. 63-88,
- Ver Texto
- (29) V. Moissinac-Massenat, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, París, LGDJ, 2007.
- Ver Texto
- (30) 4A\_438/2008. Vid.. M. Schöll, "Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse", *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA)*, vol. 24, n.º 4, 2006, pp. 621-646.
- Ver Texto
- (31) J.C. Fernández Rozas, "Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje", *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), 2.ª ed., Barcelona, Atelier, 2021, pp. 183-189.
- Ver Texto
- (32) "Se entenderá por 'acuerdo de dictamen de experto' un acuerdo por el que las partes deciden someter a un experto la resolución de todas o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas; un acuerdo de dictamen de experto puede adoptar la forma de una cláusula contractual o la de un contrato separado" (art. 1 Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021).
- Ver Texto
- (33) M. Mchugh, "Expert Determination", *Arbitration*, vol. 74, n.º 2, 2008, pp. 148-162, esp. 149..
- Ver Texto
- (34) También es posible acordar previamente la identidad del experto, o establecer una lista de expertos para proceder posteriormente a su sorteo. No obstante esta técnica suscita graves inconvenientes cuando el experto designado no quiere o no le es posible actuar.
- Ver Texto
- (35) P.J.W. Sherwin y P.D. Friedland, "Expert Determination and Dispute Boards", *Arbitration clauses for international contracts* (chapter 10), 3ª ed., Huntington, New York, JurisNet, 2020.
- Ver Texto
- (36) Rule 4, IAMA Expert Determination Rules 2016.
- Ver Texto
- (37) F. Borde, "Expert determination by accounting firms", in *ICC Dispute prevention and settlement*, 2017,



## Sections 20 to 32

[Ver Texto](#)

(38) A. Fernández Pérez, "Cláusulas escalonadas multifunción...", *loc. cit.*, pp. 99-124.

[Ver Texto](#)

(39) *Vid. supra*, nota 25.

[Ver Texto](#)

(40)  
Art. 9. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(41) Art. 10. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(42) Rule 5.4 IAMA Expert Determination Rules 2016.

[Ver Texto](#)

(43) Art. 2.3º Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015: "El perito propuesto debe dar a conocer por escrito al Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. El Centro comunicará por escrito dicha información a las partes y fijará un plazo para que estas realicen sus comentarios".

[Ver Texto](#)

(44) Sección 7.1, DIS Rules on Expert Determination 2014.

[Ver Texto](#)

(45) Art. 11, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(46) Sección 8, DIS Rules on Expert Determination 2014.

[Ver Texto](#)

(47) Art. 16, Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

[Ver Texto](#)

(48) Rule 5.3, IAMA Expert Determination Rules 2016.

Ver Texto

(49) Algunos Centros exigen que la solicitud sea motivada: Sección 2.1 DIS Rules on Expert Determination 2014.

Ver Texto

(50) Art. 1 Reglamento sobre la propuesta de peritos y terceros CCI, 2015.

Ver Texto

(51) Sección 2.3 DIS Rules on Expert Determination 2014; art. 7. Reglamento de Dictamen de experto de la OMPI, 2021.

Ver Texto

(52) De acuerdo con esta decisión: "*la référence expresse aux dispositions de l'article 1592 du code civil français dans une convention passée entre des parties rompues au monde des affaires que l'on présume assistées de conseils avertis, étant suffisante à établir la volonté des parties de confier à un tiers-arbitre le différend relatif à la détermination du prix*" [<https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2004/JURITEXT000006943836>];

Ver Texto

(53) A.A. Santens, "Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration: What Happens when the Expert 's Decision is Not Final and Binding?", *Arbitration*, vol. 23, n.º 4, 2007, pp. 687-698.

Ver Texto

(54) *May Harlow Pty Ltd v Winten (No 48) Pty Ltd* [2020] NSWSC 1011 [<https://jade.io/article/758254>]; Esta decisión apunta las circunstancias que pueden llevar al tribunal a rechazar el carácter vinculante del dictamen: "*Examples of circumstances that may result in the Court refusing to grant a stay include: 1. that the expert dispute resolution procedure is only able to deal with part of the wider dispute between the parties; 2. that there would be a multiplicity of proceedings, with a risk of inconsistent findings, if the stay were granted; 3. that the expert determination procedure is inadequate to deal with the particular dispute between the parties; 4. that the dispute is inapt for determination by an expert because it does not involve the application of special knowledge to their own observations or the area of dispute is outside of the expert's field of expertise; and; 5. that it is in the public interest for a court to determine the dispute in circumstances where the persons interested in the outcome go beyond the parties to the contract*". Vid. D.L. Spencer, "Case Notes: The Binding Nature of an Expert Determination", *Australasian Dispute Resolution Journal*, Forthcoming (16 febrero 2012) [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2060780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060780)].

Ver Texto

(55) *England and Wales Court of Appeal (Commercial Court), de 31 de julio de 2001* Civil Division [2001] EWHC

502 (Comm), [2001] CLC 1725, [2001] 2 All ER (Comm) 912, [2001] 2 Lloyd's Rep 725.

Ver Texto

(56) *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 6 de diciembre de 2001 [2001] EWCA Civ. 1832; [2002] 1 All E. R. 703; La legislación estadounidense también considera el "fraude", la "corrupción", la "parcialidad" y la "colusión" como motivos para impugnar el dictamen del experto. *Vid.* M. Borowsky, *Das Schiedsgutachten im Common Law. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft; 2001, p. 173 ss.

Ver Texto

(57) J.-B. Zufferey (en colaboración con P. Perritaz y V. Schumacher), *L'expertise-arbitrage/Das Schiedsgutachten. Texte explicatif. Modèle de contrat (en français et en anglais)/Erläuterungen. Mustervertrag (in deutscher und englischer Sprache) (deutsch/französisch)*, Zürich, Schulthess, 2013; C King, "Expert Determination of Construction Disputes: The Pros and Cons", *Fenwick & Elliot Insight*. n.º 80, agosto 2018.

Ver Texto

(58) J. Kendall y A. Redfern, *Expert Determination*, Informa Law from Routledge, 1999,

Ver Texto

(59) Hay algunos ejemplos en los que el dictamen de experto puede ser especialmente útil cuando hay que determinar el valor de una patente o cuando hay que calcular los porcentajes de los cánones y, también en las controversias sobre licencias de patentes para determinar su alcance. *Vid.* A. Vancraeynest, *Using Alternative Dispute Resolution to resolve patent disputes* (tesis de Master), Viena, 2017, pp. 33 ss [<https://phaidra.univie.ac.at/open/o:1336395>].

Ver Texto

(60) H.R. Dundas, "Expert Determination: Recent Developments and Effective Way Forward in Energy Disputes", *Int'l Energy L. Rev.*, 2008, p.162

Ver Texto

(61) La elección del método adecuado para la resolución de conflictos en la industria del petróleo y el gas es importante debido a la naturaleza técnica de las cuestiones consideradas y a la rapidez y precisión que deben adornar la toma de decisiones. En algunos casos, como la estimación del volumen de las reservas, el valor financiero de los beneficios de la participación o la revisión del precio base de los contratos de venta de gas, es la mejor solución posible para resolver los controversias. Por esta razón, la identificación de las características comunes de los expertos en la doctrina jurídica y los documentos de las organizaciones internacionales, así como el examen de las ventajas especiales de este método en los contratos celebrados en la industria del petróleo y el gas, pueden ayudar a su desarrollo en este sistema contractual. El reto más importante de la utilización de este método es su admisión y desarrollo por parte de los tribunales de justicia. *Vid.* M. Sardoueinassab y S. Namdar, "Study of the characteristics of the expert determination in resolving the disputes of the oil and gas industry and how to implement it in the Iranian judicial courts", *Journal of Researches Energy Law Studies*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 97-118

[Ver Texto](#)

## Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI y su rol de mejorar y hacer más eficiente el sistema de solución de controversias inversionista-Estado

The new amendments of ICSID's Rules and its role of improving and making more efficient the system of investor-State dispute resolution

Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI entrarán en vigencia en julio de este año luego de un proceso de consulta de 5 años. Estas enmiendas son las más extensas hasta el momento y el resultado de seis Documentos de Trabajo. Las nuevas enmiendas incorporan mejoras relevantes al sistema del CIADI para la solución de controversias inversionista-Estado, con el objetivo de contar con un mecanismo más eficiente, transparente y rentable. Entre las modificaciones más relevantes se encuentran plazos específicos para la emisión de decisiones y laudos por los Tribunales Arbitrales, regulaciones sobre financiación de terceros, consolidación o coordinación de procedimientos arbitrales, conferencias de gestión de casos, un procedimiento de arbitraje acelerado, así como nuevos procedimientos sobre mediación y hechos. En definitiva, las nuevas enmiendas de las Reglas del CIADI son el camino correcto hacia un sistema de arbitraje inversionista-Estado más adecuado y balanceado en beneficio de todos los usuarios del mismo.

Reglas del CIADI — Secretaria General del CIADI — Reglas del Mecanismo Complementario — Procedimiento de Mediación — Procedimiento de Comprobación de Hechos.

The new amendments of the ICSID Rules will become effective in July of this year after a 5-year consultation process. These amendments are the most extensive so far and the result of six Working Papers. The new amendments incorporate relevant improvements into the ICSID system for investor-State dispute resolution, with the aim of having a more efficient, transparent, and cost effective mechanism. Among the most relevant amendments, there are specific deadlines for the issuance of decisions and awards by Arbitral Tribunals, regulations on third party funding, consolidation or coordination of arbitral proceedings, case management conferences, an expedited arbitration procedure, as well as new procedures on mediation and fact-finding. In short, the new amendments of the ICSID Rules are the right path towards a more adequate and balanced investor-State arbitration system for the benefit of all its users.

ICSID Rules — ICSID General Secretary — Additional Facility Rules, Mediation proceeding — Fact-Finding Proceeding.



**Javier Ferrero**

*Asociado Principal de Estudio Echeopar Asociado a Baker & McKenzie International (Lima)*

## I. INTRODUCCIÓN

El 21 de marzo de 2022, los Estados Miembros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) aprobaron las nuevas enmiendas a las Reglas CIADI, siendo la cuarta vez que estas reglas son modificadas y las más completas a la fecha.

Estas nuevas enmiendas a las Reglas CIADI son el resultado de cinco años de consultas entre los Estados Miembros del CIADI y la comunidad de arbitraje internacional, para lo cual se elaboraron 6 Documentos de Trabajo.

Tal como señala el CIADI, «[l]os objetivos primordiales de las enmiendas son modernizar, simplificar y agilizar las Reglas, utilizando la tecnología de la información para reducir la huella ambiental de los procedimientos del CIADI» (1). Añade el CIADI que este proceso de enmiendas «se ampara en la experiencia adquirida de los cientos de casos que han aplicado las Reglas del CIADI» (2). Asimismo, de acuerdo con la Secretaria General del CIADI, Meg Kinnear la adopción de estas enmiendas «es testimonio del hecho de que los procesos multilaterales pueden — y efectivamente lo hacen — generar resultados tangibles y positivos» (3).

De esta manera, resulta relevante entender los aspectos más importantes de estas nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI que entrarán en vigencia el 1 de julio del presente año y abarcan: (i) el Reglamento y Reglas para los procedimientos bajo el Convenio CIADI; (ii) el Reglamento y Reglas para los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario; (iii) el Reglamento y Reglas para procedimientos de mediación del CIADI; y (iv) el Reglamento y Reglas para procedimientos de comprobación de hechos del CIADI.

## II. PRINCIPALES MODIFICACIONES A LAS REGLAS DEL CIADI

El explicar por completo cada una de las enmiendas de las Reglas del CIADI tomaría probablemente la elaboración de algo mucho más extenso que el presente artículo, el cual en cambio tiene por finalidad resaltar los aspectos más relevantes de estas enmiendas.

En una reciente entrevista a la Secretaria General del CIADI, Meg Kinnear, sobre las nuevas enmiendas a las Reglas CIADI, ante la pregunta de ¿qué cambio incorporado en las nuevas reglas cree que marque la mayor diferencia para los inversionistas demandantes y los Estados Parte?, indicó lo siguiente:

*«Our hope is that no single change makes a marked difference for states as opposed to investors, or vice versa, but rather that the rules as a whole advance the discipline of investment arbitration for all parties. One of the most important principles during the elaboration of these rules was that they maintain a balance between the parties, recognizing that a set of rules that are not perceived as balanced will not be used by parties» (4)*

En efecto, lo que se busca con estas nuevas enmiendas es buscar un sistema equilibrado para ambas partes contendientes, inversionista y Estado Parte, con la finalidad de tener un sistema de solución

de controversias inversionista-Estado más eficiente, menos costoso y más accesible en general.

Con relación a las novedades de estas enmiendas, entre otros aspectos cabe tener en consideración las siguientes:

### 1. **Presentación electrónica de documentos.**

Con la finalidad de promover el menor uso posible de papel, se establece que la Solicitud de Arbitraje se debe presentar de manera electrónica, pero el Secretario General puede requerir que sea presentada en un formato alternativo si fuera necesario. Todos los demás documentos como parte del desarrollo del arbitraje se presentarán de forma electrónica y solamente en circunstancias especiales el Tribunal puede ordenar la presentación de los documentos en un formato diferente (*Regla de Iniciación 4 y Regla de Arbitraje 4*).

---

Lo que se busca con estas nuevas enmiendas es buscar un sistema equilibrado para ambas partes contendientes, inversionista y Estado

Parte

---

### 2. **Notificación de financiamiento por terceros**

La parte que haga uso de un tercero financista para interponer su reclamo o para defenderse, debe presentar una notificación por escrito relevando el nombre y la dirección del tercero financista del cual haya recibido fondos directa o indirectamente. Si el tercero financista es una persona jurídica, la notificación debe incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica.

La parte debe presentar la notificación de financiamiento al Secretario General al momento del registro de la Solicitud de Arbitraje, o si no, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento en caso esto suceda después del registro de la Solicitud de Arbitraje. En caso haya un cambio en el contenido de la notificación sobre el financiamiento de terceros, la parte lo debe comunicar inmediatamente al Secretario General. Asimismo, el Secretario General transmitirá la notificación del financiamiento y cualquier otra comunicación relativa a cambios en la información de la misma a las partes y a cualquier árbitro propuesto para su nombramiento o ya nombrado, para que pueda completar su declaración. El Tribunal puede ordenar que se revele información adicional sobre el acuerdo de financiamiento y sobre el tercero financista (*Reglas de Arbitraje, Regla 14*).

### 3. **Conferencias relativas a la gestión del caso**

Con la finalidad de llevar el arbitraje de una manera más expedita y eficiente en materia de costos, justamente como parte del objetivo esencial de estas nuevas enmiendas, el Tribunal convocará en cualquier momento luego de la primera sesión procesal, a una o más conferencias con las partes con la finalidad de: (i) identificar los hechos no controvertidos; (ii) aclarar y delimitar los asuntos en

controversia; o (iii) abordar cualquier otro asunto procesal o sustantivo relacionado con la resolución de la controversia. (*Regla de Arbitraje 31*).

#### 4. Diferencias relativas a las Solicitudes de Exhibición de Documentos

Si bien en la práctica es usual tener etapas de exhibición de documentos en arbitrajes de inversión, haciendo uso para ello de las Directrices de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (recientemente revisadas en el 2021), resulta interesante que se incorpore en estas enmiendas algo específico sobre el tema.

Al respecto, se establece que al tener que decidir sobre una diferencia proveniente de una objeción de una parte a una solicitud de exhibición de documentos de la otra parte, el Tribunal debe considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo: (i) el alcance y la prontitud de la solicitud; (ii) la relevancia e importancia de los documentos solicitados; (iii) la carga de proporcionar los documentos, y (iv) el fundamento de la objeción. (*Regla de Arbitraje 37*).

#### 5. Acumulación o coordinación de arbitrajes

Las partes de dos o más arbitrajes CIADI pueden acordar acumular o coordinar estos arbitrajes. Con la acumulación se unen todos los aspectos de los arbitrajes que se pretenden acumular y se emite un solo Laudo Arbitral, debiendo para ello estar estos arbitrajes registrados de acuerdo al Convenio CIADI e involucrar al mismo Estado Contratante (o subdivisión política u organismo público del Estado Contratante). Con la coordinación se busca alinear determinados aspectos procesales de dos o más arbitrajes en curso, pero estos arbitrajes se mantienen separados y se emiten laudos en cada uno de ellos.

Las partes deben presentar conjuntamente al Secretario General los términos que proponen para tramitar los arbitrajes acumulados o coordinados. Luego de lo cual, el Secretario General comunicará los términos propuestos acordados por las partes a los Tribunales constituidos en los arbitrajes, debiendo estos emitir cualquier decisión necesaria para implementar estos términos. (*Regla de Arbitraje 46*).

Con relación a estas nuevas disposiciones sobre acumulación o coordinación de arbitrajes, la Secretaria General del CIADI, Meg Kinnear ha señalado lo siguiente:

*«Claimants and respondents told us clearly during consultations that consistency of decisions is very important to them and consolidating related proceedings will certainly contribute to such consistency. All parties have a very real interest in reducing the time and costs of proceedings, which would not be accomplished in your example of taking a chance with separate tribunals. In fact, the amended rules place a duty on parties to proceed in an expeditious and cost-effective manner, and this is now an express consideration for tribunals when allocating costs of a proceeding. As a result, hopefully parties will agree to consolidation or coordination where the cases are sufficiently similar» (5).*

En efecto, estas disposiciones sobre acumulación o coordinación lo que buscan tal como señala la



Secretaría General del CIADI, es tener más consistencia en las decisiones de Tribunales en arbitrajes relacionados y reducir el tiempo y el costo de los mismos.

## 6. Plazos para la emisión de órdenes, decisiones y laudos

El Tribunal debe hacer lo posible para cumplir con los plazos establecidos debiendo notificar a las partes las circunstancias especiales que puedan justificar la demora y la fecha en que prevé emitir una resolución, decisión o el Laudo Arbitral. En este sentido, se establecen los siguientes plazos a ser cumplidos por el Tribunal:

- Para el caso una decisión sobre una objeción por falta manifiesta de mérito jurídico de una reclamación, 60 días después de lo que suceda último, ya sea la constitución del Tribunal o la última presentación de las partes.
- En caso de una objeción a la jurisdicción, 180 días después de la última presentación.
- Para los otros supuestos, incluyendo la emisión del Laudo Arbitral, 240 días después de la última presentación.
- Se añade que una declaración y escrito sobre costos no serán considerados como una presentación. (*Regla de Arbitraje 58*).

## 7. Arbitraje expedito

Uno de los aspectos más relevantes de estas enmiendas, con la finalidad de promover la eficiencia y reducción de costos en arbitrajes CIADI viene a ser la incorporación de reglas para un arbitraje expedito.

En cualquier momento, las partes de un arbitraje CIADI pueden acordar que el mismo se tramite de manera expedita, notificándolo de forma conjunta por escrito al Secretario General. El Tribunal en un arbitraje expedito estará compuesto por un Árbitro Único o tres árbitros, debiendo las partes notificar conjuntamente al Secretario General su elección dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación del consentimiento para llevar un arbitraje expedito. En el caso que las partes no notifiquen al Secretario General su elección dentro del plazo mencionado, el arbitraje estará a cargo de un Árbitro Único. En el supuesto de que las partes manifiesten su consentimiento luego de constituido el Tribunal, el arbitraje expedito procederá siempre que todos los miembros del Tribunal confirmen su disponibilidad y en caso algún árbitro no esté disponible para llevar el arbitraje de manera expedita, puede renunciar.

El calendario para un arbitraje expedito es el siguiente:

- La primera sesión del Tribunal se realiza dentro de los 30 días siguientes de constituido el Tribunal.
- El Memorial se presenta dentro de los 60 días siguientes de la primera sesión procesal.

- El Memorial de Contestación se presenta dentro de los 60 días siguientes de presentado el Memorial (El Memorial y Memorial de Contestación tienen un límite de 200 páginas).
- La Réplica se presenta dentro de los 40 días siguientes de presentado el Memorial de Contestación.
- La Dúplica se presenta dentro de los 40 días siguientes de presentada la Réplica (La Réplica y Dúplica tienen un límite de 100 páginas).
- La Audiencia se llevará a cabo dentro de los 60 días siguientes de la presentación del último escrito.
- Las partes presentarán sus Escritos de Costos dentro de los 10 días siguientes al último día de la Audiencia.
- El Tribunal emitirá un Laudo Arbitral lo antes posible y a más tardar 120 días después de celebrada la Audiencia.

Asimismo, se establece que cualquier excepción preliminar, reconvencción, demanda incidental o adicional se incorpora al Calendario Procesal, debiendo el Tribunal adaptar el calendario, teniendo en consideración la naturaleza expedita del proceso arbitral. También el Tribunal podrá prorrogar los plazos para la presentación del Memorial y Memorial de Contestación por un máximo de 30 días para decidir una diferencia que se origine de solicitudes de exhibición de documentos, debiendo el Tribunal tomar una decisión sobre la base de escritos y sin una Audiencia en persona. Cualquier calendario para escritos además de los antes señalados, siempre teniendo en cuenta la naturaleza expedita del proceso, debe transcurrir en paralelo al Calendario Procesal oficial, salvo que el proceso sea suspendido o el Tribunal considere que existen circunstancias especiales que justifiquen la suspensión del calendario. Asimismo, se establece un Calendario Procesal para la emisión de una Decisión Suplementaria y de Rectificación, así como también para una Decisión de Aclaración, Revisión o Anulación.

En cualquier momento del arbitraje expedito las partes pueden acordar dejar de llevarlo de esa manera, para lo cual deben notificar su acuerdo por escrito al Tribunal y al Secretario General. Asimismo, en caso una parte lo solicite, el Tribunal puede decidir que un arbitraje no continúe de manera expedita, debiendo considerar la complejidad de las cuestiones, la etapa del procedimiento y todas las demás circunstancias relevantes (*Reglas de Arbitraje, Capítulo XII*).

## 8. Transparencia

### A) *Publicación de Laudos y Decisiones sobre Anulación*

Con el consentimiento de las partes, el CIADI publicará todo Laudo, Decisión Suplementaria, Rectificación, Aclaración, y Revisión, así como una Decisión sobre Anulación. Las partes pueden consentir que se publique el texto completo o una versión acordada con supresiones de texto. Se establece una presunción de consentimiento de las partes para la publicación de los laudos y decisiones, si ninguna de ellas objeta por escrito dentro de los 60 días siguientes a la remisión del

documento. En caso no haya un consentimiento de las partes, el Centro publicará extractos de los documentos, siguiendo un procedimiento específico de consulta con las partes. (*Regla de Arbitraje 62*).

### **B) Publicación de Resoluciones y Decisiones**

El Centro publicará las resoluciones y decisiones con cualquier supresión de texto que haya sido acordada por las partes, dentro de los 60 días siguientes a la emisión de la resolución o decisión. En caso alguna de las partes no esté de acuerdo con la supresión de texto, lo deberá notificar al Secretario General dentro del plazo de 60 días, quien remitirá la resolución o decisión al Tribunal para que decida y el Centro la publicará en dicha manera. Al decidir una disputa sobre las supresiones de texto, el Tribunal debe asegurarse que la publicación no divulgue información confidencial ni protegida (*Regla de Arbitraje 63*).

### **C) Publicación de documentos presentados en el arbitraje**

Con el consentimiento de las partes, el Centro publicará cualquier escrito o documento de respaldo presentado, pero con la supresión de texto acordado por las partes. A falta de consentimiento de las partes, una parte puede solicitar al Tribunal que decida una disputa sobre la supresión de texto de un escrito presentado. El Tribunal tomará una decisión y el Centro publicará el escrito de la manera decidida por el Tribunal. Al decidir una disputa sobre las supresiones de texto, el Tribunal debe asegurar que la publicación no divulgue información confidencial ni protegida. (*Regla de Arbitraje 64*).

## **9. mayor acceso a los arbitrajes bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario**

Con estas nuevas enmiendas, el arbitraje o la conciliación para una controversia de inversión bajo las Reglas del Mecanismo Complementario también es aplicable, incluso si tanto el Estado Parte demandado, así como el Estado del inversionista no son partes del Convenio CIADI, o cuando una Organización Regional de Integración Económica («OREI»), como por ejemplo la Unión Europea es parte de la controversia. Ello brinda un mayor acceso a los servicios del CIADI para la resolución de controversias inversionista-Estado.

## **III. INCORPORACIÓN DE NUEVOS PROCEDIMIENTOS**

Estas enmiendas del CIADI incorporan como nuevos procedimientos el de mediación y el de comprobación de hechos.

### **1. Procedimiento de mediación**

Se incorpora un procedimiento de mediación, como un mecanismo alternativo para la solución de controversias inversionista-Estado, considerando los siguientes dos supuestos:

- Que las partes hayan acordado previamente por escrito llevar una mediación de acuerdo con las Reglas del CIADI sobre mediación, debiendo cualquiera de ellas presentar una solicitud al Secretario General (*Regla de Mediación 5*); o

- Que las partes no tengan un acuerdo previo por escrito para llevar una mediación mediante estas reglas, en donde cualquiera de las partes presentará una solicitud al Secretario General. Una vez recibida la solicitud, el Secretario General debe transmitir esta solicitud a la otra parte, invitándola a que informe si acepta la oferta para mediar dentro de los 60 días siguientes de recibida. En caso la otra parte informe que acepta la oferta de mediación, el Secretario General transmite la aceptación para mediar a la parte solicitante, pero en caso la otra parte rechace la oferta para mediar se dará por concluido la intención de mediación (*Regla de Mediación 6*).

Una vez recibida la solicitud de una parte para iniciar una mediación, el Secretario General registrará esta solicitud sobre la base de la información proporcionada, si pareciera que esta solicitud se encuentra dentro del alcance de la Regla 2(1), es decir, que la mediación esté relacionada con una inversión que involucre a un Estado o una ORIE y que las partes hayan dado su consentimiento por escrito para someter la mediación al Centro. (*Regla de Mediación 7*).

Con relación al número de mediadores, puede ser uno o dos, debiendo ser nombrados cada uno por acuerdo de partes, pero si las partes no informan al Secretario General de un acuerdo sobre el número de mediadores dentro de los 30 días siguientes a la fecha de registro, se nombrará un mediador por acuerdo de partes. (*Regla de Mediación 13*).

En cuanto a las cualidades del mediador, este debe ser imparcial e independiente de las partes y las partes podrán acordar que el mediador tenga experiencia o cualidades específicas. Con respecto al rol y obligaciones del mediador, se señala que lo busca es asistir a las partes a encontrar una solución que sea mutuamente aceptable de la totalidad o de parte de los asuntos materia de controversia, debiendo realizar la mediación de buena fe, de manera expedita y debiendo ser eficiente en materia de costos. Asimismo, el mediador puede reunirse y comunicarse con las partes de manera conjunta o por separado, pudiendo ser estas comunicaciones en persona o por escrito y por cualquier medio que sea apropiado, teniendo en cuenta que la información que reciba el mediador de una parte no puede ser revelada a la otra parte sin autorización de la parte que le reveló la información. (*Reglas de Mediación 12 y 17*).

Con relación al procedimiento de mediación, el mediador o los mediadores lo llevarán a cabo siguiendo un protocolo que se establecerá en la primera sesión, debiendo considerar las opiniones de las partes y los asuntos que se han sometido a mediación. Como parte de su labor, el mediador puede recibir el apoyo de un perito. El mediador podrá formular recomendaciones orales o escritas para la resolución de cualquier tema sometido a mediación, en caso las partes lo soliciten. (*Regla de Mediación 21*).

El mediador o los mediadores, o el Secretario General, en caso no se hubiera aún nombrado a un mediador, emitirán una notificación sobre la terminación de la mediación si:

- reciben una notificación de las partes de haber firmado un acuerdo para llegar a una solución a la controversia;
- reciben una notificación de las partes acordando terminar la mediación;

- reciben una notificación del retiro de una parte, salvo que las partes restantes acuerden continuar la mediación;
- si el mediador o mediadores determinan de que no hay probabilidad de resolución de la controversia por medio de la mediación; o
- se cumplen los requisitos bajo la Regla de Mediación 13(5), según la cual, si las partes no han tomado acción para nombrar al mediador o mediadores durante 120 días consecutivos después de la fecha de registro de la solicitud de mediación, o cualquier otro plazo acordado por las partes, el Secretario General debe informar a las partes que la mediación se ha dado por culminada. (*Regla de Mediación 22*).

## 2. Procedimiento de comprobación de hechos en arbitrajes CIADI

Si bien el procedimiento de comprobación de hechos ya existía bajo el mecanismo complementario, ahora se establece un procedimiento en general.

Las partes que quisieran iniciar este procedimiento en virtud de las Reglas de Comprobación de Hechos del CIADI deben presentar de forma conjunta una solicitud al Secretario General, el cual la debe registrar si sobre la base de la información proporcionada pareciera que la solicitud se encuentra dentro del alcance de las Reglas de Comprobación de Hechos 2(1), que vienen a ser hechos que estén relacionados con una inversión, que involucren a un Estado o una ORIE y que las partes hayan dado su consentimiento para escrito para someter al Centro. (*Reglas de Comprobación de Hechos 5 y 7*).

---

Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI ya son una realidad y pronto entrarán en vigencia (1 de julio de 2022)

---

Una vez recibida la solicitud de las partes y si es registrada se invita a las partes para que constituyan un Comité de comprobación de hechos sin demora. Este Comité puede estar compuesto por uno o un número impar de miembros y las partes deben ponerse de acuerdo sobre el método para su nombramiento. En caso las partes no informen al Secretario General el acuerdo sobre el nombramiento del Comité dentro de los 30 días siguientes a la fecha de registro de la solicitud, el Comité estará compuesto de un miembro único, nombrado por acuerdo de las partes. En caso las partes no hayan procedido a nombrar a los miembros del Comité durante los 120 días siguientes al registro de la solicitud o cualquier otro plazo que las partes pudieran acordar, el Secretario General deberá informar a las partes que la comprobación de hechos se da por terminada. Cada uno de los miembros de este Comité debe ser imparcial e independiente de las partes, pudiendo acordar las partes que un miembro del este Comité tenga experiencia o cualidades específicas. (*Reglas de Comprobación de Hechos 7, 8, y 9*).

Con relación al desarrollo del procedimiento, el Comité establecerá en la primera sesión con las

partes un protocolo para la comprobación de hechos. En cuanto a las obligaciones del Comité, este debe llevar el procedimiento de manera expedita y eficiente en materia de costos y regularmente consultará a las partes con respecto a la tramitación del procedimiento. Por el lado de las partes, estas deben cooperar con el Comité y llevar el procedimiento de buena fe y de forma expedita y eficiente en cuanto a costos, debiendo hacer todo lo posible para facilitar la investigación del Comité (*Reglas de Comprobación de Hechos 12 y 13*).

El procedimiento de comprobación de hechos terminará con:

- la emisión de una notificación del Secretario General en aplicación de la Regla 9(4), según la cual, si las partes no han nombrado a los miembros del Comité durante 120 días luego de la fecha de registro de la solicitud o cualquier otro plazo acordado por estas, el Secretario General deberá informar a las partes la terminación del procedimiento;
- la emisión de un Informe por el Comité; o
- una notificación de las partes de haber llegado a un acuerdo para poner término al procedimiento de comprobación de hechos. (*Regla de Comprobación de Hechos 18*).

#### IV. CONCLUSIONES

Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI ya son una realidad y pronto entrarán en vigencia (1 de julio de 2022), siendo el resultado de un arduo trabajo de cinco años de consultas y 6 Documentos de Trabajo para responder a críticas al sistema y conseguir así un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado más eficiente, menos costoso y más transparente para las partes contendientes.

La incorporación de que todas las presentaciones sean electrónicas, el mayor acceso a la información de los casos promoviendo mayor transparencia, conferencias para la gestión de casos, la notificación de terceros financieristas, pero sobre todo el establecimiento de plazos específicos para las decisiones y laudos de los Tribunales es el camino correcto para tener un mejor sistema. Asimismo, el contar ahora con la opción de un arbitraje expedito genera que las controversias de inversión puedan, cuando las partes contendientes así lo acuerden, ser resueltas de una manera mucho más rápida.

Pero además estas nuevas enmiendas incorporan dos procedimientos nuevos, que son el de mediación y el de comprobación de hechos. Este último ya no solo disponible bajo las reglas del mecanismo complementario, sino siendo aplicable de manera general. Al final, lo que se busca es darles a los usuarios del sistema CIADI diversas opciones para que puedan resolver de manera eficiente las controversias relativas a inversiones.

(1)

Propuesta de Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI, disponible en la página web del CIADI

en el siguiente link: [<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>] (última visita realizada el 18 de mayo de 2022).

Ver Texto

(2) *Ibíd.*

Ver Texto

(3) *Ibíd.* Traducción al español no oficial.

Ver Texto

(4) ICSID Rules and Regulations 2022: an interview with Meg Kinnear, Thomson Reuters, Practical Law Arbitration Blog, 8 de abril de 2022, disponible en el siguiente link: [<http://arbitrationblog.practicallaw.com/icsid-rules-and-regulations-2022-an-interview-with-meg-kinnear/>] (última visita realizada el 18 de mayo de 2022).

Ver Texto

(5) ICSID Rules and Regulations 2022: an interview with Meg Kinnear, Thomson Reuters, Practical Law Arbitration Blog, 8 de abril de 2022, disponible en el siguiente link: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/icsid-rules-and-regulations-2022-an-interview-with-meg-kinnear/> (última visita realizada el 11 de mayo de 2022).

Ver Texto

REGULACIÓN



## Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia

The adequate means of disputes in the bill of the efficiency procedural measure of public justice service

En el presente artículo el autor realiza un examen de los ahora denominados medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia pronunciándose por el carácter voluntario de los mismos al estar basados en la libertad de las personas.

Medios adecuados — Negociación — Mediación — Conciliación privada — Oferta vinculante confidencial — Opinión de experto independiente — Requisito de procedibilidad — Ley de Enjuiciamiento Civil

In this article the author examines the adequate means of disputes in the bill of the efficiency procedural measure of public justice service speaking out for the voluntary character being base on the freedom of people.

Adequate means — Negotiation — Mediation — Private conciliation — Confidential binding offer — Independent expert opinion — Procedural requirement — Civil Procedure Law



Rafael Hinojosa Segovia

*Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

El pasado 12 de abril de 2022 el Gobierno aprobó el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia



procesal del servicio público de Justicia (1) (en adelante, el Proyecto), en el Consejo de Ministros celebrado ese día (2) .

Como señaló la Ministra de Justicia, la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Pilar Llop Cuenca, en la rueda de prensa posterior a dicho Consejo de Ministros, «dos de los tres pilares del Plan de Justicia 2030, que son las dos leyes de eficiencia procesal y organizativa [se entiende los Proyectos de Ley] (3) , reciben un impulso crucial y sobre estos cimientos estamos construyendo un auténtico servicio público de justicia universal, accesible, moderno, eficiente, ágil y sostenible» (4) .

Específicamente sobre el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, la Ministra de Justicia destacó que «lo más característico que tiene esta Ley [se entiende el Proyecto de Ley] (5) , aparte de los instrumentos de agilización procesal, que se van a introducir en todas las jurisdicciones,..., quiero decirles que se van a introducir nuevos medios adecuados de solución de controversias, se va a fomentar el uso de estos medios adecuados de resolución de conflictos o controversias, son, para cualquier tipo de actividad negociadora, a las que las partes de un conflicto pueden acudir de buena fe, para resolver, dentro de sus propias capacidades, y dentro de la propia disponibilidad que tengan sobre el objeto de ese conflicto, de esa controversia, por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral, dependiendo del medio al que quieran acudir, y se regularán expresamente como tales, no solo la mediación, como les digo, sino la conciliación, la oferta vinculante confidencial, opinión de experto independiente, y la negociación directa entre las partes» (6) .

Asimismo, la Titular del Ministerio de Justicia, señaló que los medios adecuados de solución de controversias «van a ayudar a descongestionar los juzgados, pero este no es el fin primordial. La finalidad principal es que supongan un verdadero instrumento negociador, democratizador, de las relaciones entre las partes, y para que, de esta manera, estos métodos actúen también como un elemento indispensable en la cohesión social y en la resolución pacífica de las controversias». «Da más poder a los ciudadanos y ciudadanas para poder elegir cuál es el método que quieren escoger, y contribuye, por lo tanto, a que las soluciones sean mucho más ajustadas a las necesidades de las partes, pero también, que sean mucho más flexibles de lo que puede ser una sentencia, una resolución judicial» (7) .

En relación a los MASC, «se pretende reducir la litigiosidad, avanzando hacia la cohesión social — uno de los retos del Ministerio, alineado con los marcados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia—, e impulsar la participación de la ciudadanía en el sistema de justicia, devolviendo a las partes su capacidad negociadora. Los MASC ayudarán a reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, impulsando un servicio público de Justicia sostenible». Asimismo, «los MASC pretenden garantizar mejor los derechos de los ciudadanos por vías menos costosas y que llevan menos tiempo, se trata de un cambio de la cultura del litigio hacia la cultura del acuerdo» (8) .

Por último, resaltó la Titular de Justicia que «la nueva ley de eficiencia procesal introduce el paradigma de la adecuación, de la eficiencia y la sostenibilidad del sistema y persigue la Justicia funcione como motor de cohesión social. Se busca contribuir a la calidad democrática y a aportar soluciones más ajustadas y flexibles» (9) .

El Proyecto está basado en tres ejes: 1º) «Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional» (MASC) [Título I]; «Modificación de leyes procesales» [Título II], tendente a una mayor agilización en la tramitación de los procedimientos judiciales; y 3º) «Transformación digital» [Título III]; y consta de 22 artículos, de 8 disposiciones adicionales, de 4 disposiciones transitorias, de 1 disposición derogatoria y de 10 disposiciones finales.

En cuanto al régimen transitorio se dispone que «1. Las previsiones recogidas por la presente ley serán de aplicación exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor»; «2. En los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de esta ley, las partes de común acuerdo se podrán someter a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (Disposición transitoria primera).

La entrada en vigor de la nueva normativa se prevé a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto el Título I [como acabamos de decir, relativo a los Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional], los aps. 1, 4, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 56, 57, 59, 60, 63, 64, 69, 72, 79, 103, 110, 135, 136, 137, 138, 140 del art. 20 [relativo a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil] y Disposiciones finales 1.ª y 3.ª, que lo harán a la entrada en vigor del Estatuto del Tercero Neutral (Disposición final décima).

Tradicionalmente se ha utilizado la denominación de «Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos» (10), o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o MASC «Métodos alternativos de solución de conflictos», dado que se consideraba que son sistemas alternativos al proceso judicial para resolver conflictos entre sujetos. Entre esos sistemas cabe destacar la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Esa distinta terminología obedece a una influencia anglosajona, en el primer caso, es decir, en los ADR, mientras que la de utilizar los MASC es más propia en países sin esa tradición jurídica.

No obstante, en los últimos tiempos, sobre todo en EEUU, se ha comenzado a utilizar la expresión ADR (*Adequate Dispute Resolution*), es decir, como «Sistemas adecuados de solución de conflictos», o la de MASC, como «Métodos adecuados de solución de conflictos».

Nuestro pre-legislador ha optado por seguir esta última denominación (MASC), pero en vez de utilizar «Métodos adecuados de solución de conflictos», se ha decantado por «Medios adecuados de solución de controversias». Ello obedece, en nuestra opinión, a que, como se recoge en el *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española* (11), el término «medio», se define como «cosa», mejor instrumento en nuestro caso, «que puede servir para un determinado fin» (12), en vez del término «método» que es el «procedimiento que se sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla» (13), por lo que es más preciso el primero para denominar a estos mecanismos. Y el término «controversias» frente al de «conflictos» se prefiere también, según nosotros, porque el primero no implica la confrontación que supone el segundo. Ahora en el Proyecto añade «en vía no jurisdiccional», como contraposición a cuando se utilizan en vía jurisdiccional.

Estos medios se van potenciando cada vez más y, como consecuencia de ello, se utilizan más, pero a pesar de ello hay que reconocer que todavía no hay una cultura de ADRS en nuestro país (14). La propia Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 10] lo destaca en relación a la mediación, al declarar que «desde la entrada en vigor de la ley, el 27 de julio de 2012 [se refiere a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles] (15), no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación». Y, nuevamente, la Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 10] lo explica basándose en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, de fecha 26 de agosto de 2016, al exponer que «constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros» (16).

La razón de impulsar todavía más estos «medios» obedece, como ha señalado la Ministra de Justicia (17), «en reducir la litigiosidad» y que «ayudarán también a reducir la sobrecarga de los tribunales». Como se declara en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado I, párrafo 7], «se añade la necesidad coyuntural de introducir mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial, al compás de recuperación económica y social tras la terminación del estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia COVID-19, sin perjuicio de las reformas en las leyes procesales que se introducen en el presente texto legal como medidas de agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales».

---

La reforma que se pretende con el Proyecto responde a lo que se ha dado en llamar «utilitarismo judicial».

---

Litigiosidad que era ya muy elevada, con la consiguiente demora en la resolución de los asuntos. Son muy indicativos los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial relativos al año 2021 (18), según los cuales los asuntos que ingresaron en los tribunales españoles, de todas las jurisdicciones, fueron un total de 6.273.090, que ciñéndonos a la jurisdicción civil, que es la que ahora nos interesa, fueron un total de 2.587.127 asuntos. Pero lo más preocupante es que al final del mencionado año continuaban tramitándose 1.743.864 asuntos en nuestros tribunales del orden civil.

La reforma que se pretende con el Proyecto, objeto de nuestro análisis, responde a lo que se ha dado en llamar «utilitarismo judicial». Se trata de eliminar «papel», es decir, asuntos de los órganos jurisdiccionales, dada la enorme cantidad, como acabamos de señalar, de asuntos nuevos que llegan a nuestros tribunales cada año que hacen la situación verdaderamente insostenible. En nuestro caso, con el uso obligatorio de los medios adecuados de solución de controversias, dado que tienen categoría de requisito de procedibilidad (19). Con su utilización se pretende evitar, en la manera de

lo posible, que lleguen esos asuntos a los juzgados y tribunales. Es más, el que anunciábamos previsible aumento de litigiosidad (20), como consecuencia de la pandemia y de la declaración del estado de alarma, se ha confirmado con los datos del año 2021 (21), lo que hace más necesario, si cabe, que estos medios de solución de controversias sean cauce adecuado para solventar las controversias y descargar al mismo tiempo de asuntos a la jurisdicción estatal del orden civil (22).

El propio anterior Ministro de Justicia, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros en que se aprobó el Anteproyecto, aludiendo a estos medios, señaló que «si lográramos que a través de estos mecanismos uno de cada cuatro asuntos no llegara a los tribunales, podríamos descargar al sistema judicial de más de medio millón de asuntos, lo que permitiría además recanalizar 380 millones de euros, que es lo que se calculan que nos podríamos ahorrar con esa pérdida de pleitos, para cuestiones (*sic*) y fomentar otros ámbitos» (23).

Con esta finalidad, como ya hemos dicho, uno de los ejes principales del Proyecto es el fomento de los medios adecuados de solución de controversias (24)—conciliación privada, oferta vinculante confidencial, opinión de experto independiente, mediación— que permiten afrontar las situaciones de conflicto pero sin tener que acudir a los tribunales de justicia y cuya utilización se intentará fomentar por diversas vías, como veremos más adelante, incluso con incentivos fiscales (25) [*vid...* Disposición final quinta Proyecto].

En nuestra opinión, como los ADRS se basan en la libertad de las personas, estos medios deberían potenciarse y divulgarse lo máximo posible para que los ciudadanos acudieran a ellos voluntariamente (26) por las bondades que presentan. Es verdad que en el Proyecto pueden elegir entre los diversos medios para tratar de evitar ir a los tribunales, pero se establece que el intento de alguno de esos instrumentos es requisito *sine qua non* para poder presentar la correspondiente demanda, es decir, es preciso haber intentado alguno de los medios adecuados de solución de controversias antes de ir al proceso.

Al respecto es conveniente recordar que, como ya ha sucedido con anterioridad, no se convierta en un mero trámite, lo que el pre-legislador quiere evitar (27). Basta recordar que en la LEC/1881 (redacción originaria) se preveía la conciliación como requisito necesario para promover un juicio declarativo (art. 460 LEC/1881), que con la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasó a tener el carácter de facultativo (art. 460 LEC/1881, conforme a la reforma de 1984), y ello porque «como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios» [Exposición de Motivos de dicha Ley, párrafo 21]. En definitiva, se consideró que el carácter preceptivo de la conciliación no era sino un obstáculo para el acceso a los tribunales, habida cuenta que, en la práctica, eran escasísimos los casos en que se obtenían acuerdos en virtud de este cauce.

Más recientemente se ha intentado establecer como requisito necesario para poder acudir al proceso el intento de mediación. Así ocurrió en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010 (28), en el que en su disposición final segunda, modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC], número 10, se disponía en el nuevo ap. 3 del art. 437 que «en los juicios verbales a los que alude el ap. 2 del art.

250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el ap. 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición a la demanda». Es decir, en los juicios verbales sobre reclamaciones de cantidad, cuya cuantía era y es actualmente de hasta 6.000 euros (29). En la misma disposición final segunda, número 11, en el nuevo ap. 2 del art. 439 LEC, se preveía que «en los casos del ap. 2 del art. 250, no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición».

En el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011 (30) se mantenía la misma regulación que en el Anteproyecto, con alguna matización en su Exposición de Motivos respecto a la del Anteproyecto y que en vez de ser la Disposición final segunda era la cuarta, nº 10 y 11 (31).

En cambio en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ya no se hacía ninguna referencia al carácter obligatorio de la mediación en los juicios verbales sobre reclamación de cantidad (32). Lo mismo sucedió en el Proyecto de Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles procedente del anterior Real Decreto-ley (33) y, por tanto, en el texto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [en adelante, LM] no se preveía dicho requisito en su articulado.

Por último, en esta evolución que estamos realizando sobre si estos medios de solución de controversias tienen carácter obligatorio o no para presentar la correspondiente demanda, el Gobierno sí preveía en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 11 de enero de 2019 (34), el carácter obligatorio de acudir a la mediación antes de presentar la oportuna demanda. Así se señala en su Exposición de Motivos [Apartado IV, párrafo 2] que «las modificaciones propuestas [se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil] (35) responden al deseo de impulsar el uso de la mediación para la resolución de los conflictos, de manera que se opta por superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de «obligatoriedad mitigada», que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (las materias concretas donde se establece esta obligación se recogen en la Ley 5/2012, de 6 de julio (36)) o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura. En ambos casos la finalidad es la de lograr una solución más ágil y efectiva».

Dicho Anteproyecto recibió críticas, como la que se recoge en el Informe que emitió el Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de febrero de 2019, «por hacer obligatoria la mediación», ya que «es esencialmente voluntaria», porque «nunca debe imponerse al ciudadano, en su derecho de acceso a los tribunales, un requisito que, como ahora se verá, si no se construye más sutilmente, no hará sino constituirse en una rémora superflua, en un retraso innecesario al acceso a los tribunales, que dé lugar a algo parecido a lo que ocurrió en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que derogó la obligatoriedad de la conciliación previa a los pleitos civiles» (37).

Este Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación no llegó a convertirse en ley, aunque si ha sido tenido en cuenta a la hora de redactar el Anteproyecto que nos ocupa.

En la línea de crítica al carácter de obligatorio de los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia se ha manifestado el Consejo General de la Abogacía, en sus «Observaciones» formuladas, ya que «se insiste en que no es conveniente que se imponga como requisito de procedibilidad» y «por todo ello, se prefiere que el acceso a la vía previa (alternativa, extrajudicial, o como se le quiera denominar) sea voluntaria, pero se ve con agrado que a través del régimen de condena en costas se incentive su utilización. El lugar adecuado para ello es el art. 394 y 395, en los términos en que el propio anteproyecto propone, suprimiendo en todos los casos la mención a «cuando fuera legalmente preceptivo o lo acuerde el tribunal durante el curso del proceso»» (38).

En las páginas que siguen llevaremos un análisis crítico de la regulación que se da a los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto desde una perspectiva técnica, destacando los cambios que se han producido respecto al Anteproyecto.

## II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y MODALIDADES

Como se establece en el Proyecto (art. 1), «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 (39)».

A nuestro juicio, es incorrecto concretar estos medios de solución de controversias como cualquier tipo de «actividad negociadora», porque la negociación, en sí misma, siempre se ha considerado uno de los sistemas alternativos o adecuados de solución de conflictos, como ya hemos dicho más arriba, que suele concluir en algún tipo contractual, como sería la transacción. Es más, si se nos permite, es mezclar el género con la especie. En nuestra opinión, sería más acertado utilizar el término «sistema», «mecanismo» o «instrumento» con lo cual no sucedería lo que acabamos de poner de manifiesto.

Como notas que caracterizan a estos medios, se pueden destacar que rige la libertad de las partes «para convenir o transigir, a través de estos medios», lógicamente «sobre sus derechos e intereses, siempre que no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público» (40). También se prevé que los acuerdos pueden ser totales o parciales, con lo cual en los segundos, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto de aquellas cuestiones sobre las que se mantenga todavía discrepancia (art. 3.1º Proyecto).

---

**Establecer el requisito de acudir a alguno de estos medios adecuados como requisito de procedibilidad no es acertado, porque estos sistemas se basan en libertad de las partes y deberían, en su caso,**

## acudir a ellos porque así lo decidieran con conocimiento de causa, pero no por una imposición legal

---

Se prevé que «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. 1º y se añade que «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 pudiera ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar» (art. 4.1º I Proyecto).

Consideramos, como ya hemos avanzado, que el establecer el requisito de acudir a alguno de estos medios adecuados como requisito de procedibilidad no es acertado, porque estos sistemas se basan en libertad de las partes y deberían, en su caso, acudir a ellos porque así lo decidieran con conocimiento de causa, pero no por una imposición legal para, en su caso, si no hay acuerdo, poder presentar la correspondiente demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden civil.

El pre-legislador viene a precisar cuándo se considera cumplido este requisito de procedibilidad. Así, «si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. 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» (art. 4.1º II Proyecto).

También se refiere a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, sin perjuicio de lo establecido en el art. 4.1 Proyecto, el art. 13.1º del mismo texto dispone que «las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas. En particular, las partes podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados».

Se establece que los conflictos que versen sobre materias no disponibles por las partes no podrán ser sometidos a estos medios adecuados de solución de controversias, ni incluso por derivación judicial. No obstante, sí podrán ser de aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los arts. 102 [efectos de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio] y 103 [medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio] Código Civil [en adelante, CC] (art. 3.2º I Proyecto). Quedando excluidos estos medios de solución de controversias de los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de mediación conforme a lo dispuesto en el art. 87. 2º y 3º ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [en adelante, LOPJ], que regula las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 3.2º II Proyecto), ya que además según el art. 87.5º LOPJ en todos estos casos se prevé la exclusión de la

mediación.

Y se vuelve a excluir la actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un proceso para la tutela judicial civil de derechos fundamentales; para la adopción de las medidas previstas en el art. 158 Cc a favor de los hijos; cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el art. 763 LEC; para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute; en pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores ni de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 4.2º Proyecto). Además, se establece que «no será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria» (art. 4.3º Proyecto).

Por último, se prevé, en este art. 4 del Proyecto, n.º 4, que la iniciativa de acudir a estos medios puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios (párrafo I). Señalándose que «para el caso de que todas las partes plantearan acudir a un medio adecuado de solución de controversias y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente» (párrafo II).

En cuanto a las modalidades, como ya hemos dicho, en el Proyecto se señalan las siguientes: la mediación [regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio], la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión de experto independiente, así como cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o de una ley sectorial. Como no podía ser de otra forma no se establece *un numerus clausus* o lista tasada. En el caso de «cualquier otra actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas», se exige que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o de una ley sectorial (art. 4.1º II Proyecto), en concreto, que habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aunque cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar (art. 4.1º I Proyecto). Y se hace hincapié en que se considerará cumplido el requisito cuando la negociación se lleva directamente por las partes, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con el Título I del Proyecto (art. 4.1º II *in fine* Proyecto).

También en el Proyecto (art. 13.2º) se dispone dónde se regulan los distintos medios adecuados de solución de controversias. Así, «a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4.1º, las partes podrán acudir a cualesquiera de las modalidades de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas. En particular las partes podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus



abogados (n.º 1).

La mediación se regirá por lo dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación. Se incide además que la mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias con el que se podrá cumplir el requisito de procedibilidad al que se refiere el art. 4.1º Proyecto (art. 13.2º Proyecto). La conciliación ante Notario se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado, arts. 81-83, sin perjuicio de lo establecido en el art. 4.1º Proyecto (art. 13.3º Proyecto). La conciliación ante el Registrador se regirá por lo dispuesto en el título IV BIS de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4.1º Proyecto (art. 13.4º Proyecto). Y la conciliación ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia se regirá por lo establecido en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (art. 13 Proyecto).

Hay que señalar que en el Proyecto se omite la referencia que sí se hacía en el Anteproyecto (art. 3.4º y 5º, respectivamente), tanto en la conciliación ante notario como en la conciliación ante el Registrador a que se regirán "en defecto en lo allí previsto [se entiende a lo dispuesto en sus normativas específicas], por las disposiciones de la presente ley".

El pre-legislador ha previsto que las actuaciones se desarrollen por medios telemáticos en el art. 7 "Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos". En tal sentido se permite que las partes puedan acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se desarrollen a través de estos medios telemáticos, por videoconferencia u otro análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en el Título I del Proyecto y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación. Si la cuantía de la reclamación de cantidad no supera los 600 euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo, como parece lógico, que no sea posible para alguna de las partes.

Como se declara en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 4], "con los medios alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente el papel negociador de la abogacía que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores y procuradoras de los tribunales, las personas profesionales de la mediación, los graduados y las graduadas sociales, los notarios y las notarias y los registradores y registradoras de la propiedad, amén de otros muchos profesionales"».

### III. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS

El principio de confidencialidad se regula en el art. 8 del Proyecto. Se establece que el proceso de negociación y la documentación utilizada en él son confidenciales en cambio, no lo es, la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y el objeto de la controversia. La obligación de la confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, quedando este 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 (n.º 1).

También se dispone que las partes intervinientes y el tercero neutral no podrán declarar o aportar documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje. Como excepciones a lo anterior se prevén: a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad; b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el art. 245 LEC (41) y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores; c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal; y d) Cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona. (n.º 2 I).

Como consecuencia de lo anterior, el pre-legislador se preocupa de que al margen de dichas excepciones a las que nos acabamos de referir, si se pretendiese por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por los tribunales por aplicación del art. 283.3º LEC (n.º 2 II), el cual dispone que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley».

Concluye el precepto en cuanto a la confidencialidad, señalando que su infracción generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico (n.º 3).

En el n.º 4 se refiere a la protección de datos, que no se recogía en el Anteproyecto, estableciendo que los tratamientos de datos de carácter personal de las personas físicas se realizarán con estricta sujeción a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En cuanto al ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, las disposiciones del Título I del Proyecto son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Se dispone que a esos efectos tendrán tal consideración los definidos en el art. 3 LM. En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en el Título I del Proyecto, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negocial se realice en territorio español (art. 2.1º Proyecto).

Se establece que quedan excluidos, en todo caso, sin perjuicio de lo que ya hemos dicho, de lo previsto en el Título I del Proyecto, las materias laboral, penal y concursal, así como 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 (art. 2.2º Proyecto).

## V. ASISTENCIA LETRADA

Se establece el carácter facultativo de la asistencia letrada en los medios adecuados de solución de controversias (art. 5.1º Proyecto).

No obstante, se dispone el carácter obligatorio de 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 o letrada para la realización o aceptación de la oferta (art. 5.2º Proyecto).

Por último, se prevé que «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» (art. 5.3º Proyecto).

## VI. MEDIACIÓN

Como se declara en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 20] «al lado de estos nuevos mecanismos, se potencia la mediación como medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora, significando que la mediación continúa regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles»..

La regulación de la mediación sufre un importante cambio que se recoge en la Disposición final sexta del Proyecto. La Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 31] del Proyecto se refiere a ello al declarar que «se modifica en distintos aspectos, entre otros, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, su conexión con el requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, los requisitos que han de cumplirse para ello, la armonización del requisito de confidencialidad con la regulación contenida en el título I para los restantes medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, la asistencia letrada, la sesión inicial, la sesión constitutiva y la derivación intrajudicial».

Así se modifica el art. 1 LM recogiendo el concepto en los términos que acabamos de indicar. En definitiva, se adapta el concepto a la nueva denominación de medios adecuados de solución de controversias frente a la anterior de sistemas de solución de controversias y se acoge que es a través de un procedimiento estructurado.

Se modifica también el 4 LM sobre «efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad». En el Proyecto se dispone que «la solicitud de inicio de la mediación conforme al art. 16 interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su

caso, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. En el caso de que se abra la mediación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley».

También sufre cambios el art 6.1º LM, sobre el «requisito de procedibilidad y libre disposición», estableciéndose que al ser la mediación uno de los medios adecuados de solución de controversias se puede acudir a él para intentar encontrar una solución extrajudicial y cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el art. 403.2º LEC. Entendiéndose cumplido dicho requisito "con la celebración, al menos de una sesión inicial ante el mediador, siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y demás requisitos establecidos en el art. 17. A dicha sesión habrán de asistir las partes, personalmente si se trata de personas físicas, y el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas» (42) .

Se modifica el art. 9 LM «Confidencialidad» en el Proyecto, que no se modificaba en el Anteproyecto, estableciendo ahora que «1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial salvo la información relativa a si las partes acudieron o no a mediación y al objeto de la controversia. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento». Se añade respecto a la redacción actual «salvo la información relativa a si las partes acudieron o no a mediación y al objeto de la controversia» que están dispensadas del principio de confidencialidad.

El n.º 2 l del art. 9 LM, en su primera parte, se refiere a que «la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligadas a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo», se mantiene igual. En cuanto a los supuestos exceptuados de confidencialidad se amplían. Dichos supuestos son los siguientes: a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al mediador del deber de confidencialidad; b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el art. 245 LEC y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores; c) Cuando mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal; d) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona. Los supuestos ampliados son las letras b) y d). En el caso de la letra a) se ha dado una redacción distinta ampliándolo también al mediador, en su caso. Por último, se dispone que «en consecuencia, y salvo dichas excepciones, si se pretendiese por alguna de las partes la

aportación como prueba en el proceso de la información confidencial no será admitida por los tribunales por aplicación de lo dispuesto en el art. 183.3º LEC (n.º 2 II). Y concluye el art. 9.3º LM estableciendo que 'la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico', como ya está previsto actualmente.

Asimismo, se añade un nuevo ap. 4 en el art. 11 LM en el sentido de que "para actuar como mediador en los supuestos exigidos en el art. 16.1º será necesaria la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros de mediadores habilitados por las Comunidades Autónomas". La posibilidad de creación de este Registro estaba ya prevista en la Disposición final octava.1 LM, creándose por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (art 8), con lo cual el Proyecto lo que hace es recoger en el articulado de la LM dicho registro ya existente.

Otra modificación es la que se establece respecto al art. 13.1º LM, que realmente consiste en añadir un segundo párrafo a dicho apartado. En el primer párrafo en el que se dispone "1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y asesoramiento suficientes" con lo cual se mantiene igual que en el texto original. En cuanto al párrafo segundo se establece que "la asistencia de los abogados de las partes a cada una de las sesiones de mediación, de haber varias, será consensuada con las partes y el mediador y su inasistencia a alguna de ellas no invalidará el procedimiento de mediación cuando así se haya acordado". Como se acaba de ver, si no asisten los abogados a alguna sesión de la mediación, ello no será causa para invalidar el procedimiento cuando así se haya acordado».

También sufre cambios el art. 16 LM sobre «Solicitud de inicio», en el sentido de que además de que pueda iniciarse de común acuerdo entre las partes (43) , por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas, ahora se añaden «por una de las partes antes del ejercicio de acciones judiciales y en cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el art. 403.2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» y «por derivación judicial o del letrado o letrada de la Administración de Justicia, previa conformidad de las partes en los términos previstos en las leyes procesales». Se mantienen con la misma redacción los párrafos 2 relativo a que «la solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas» y 3 I «cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal». Se añaden al n.º 3 dos párrafos, en relación a los casos de derivación judicial o por el letrado o letrada de la Administración de Justicia durante el curso del proceso, en el sentido de que «las partes designarán un mediador o institución de mediación debidamente acreditados ante los registros de mediadores del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas. Si no llegasen a un acuerdo en la designación en el plazo común de cinco días, se nombrará el que por turno corresponda de la lista de mediadores de cada especialidad que exista en el Servicio de medios adecuados de solución de controversias o ante los propios tribunales» (3. II). Por último se prevé que «en todos los casos, la no aceptación por el mediador designado en primer lugar, salvo que sea justificada, se entenderá

como renuncia automática a la designación efectuada, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias en que pueda incurrir por razón de dicha negativa» (3. III).

El art. 17 LM que ahora lleva por título «Sesión inicial» frente al texto originario de la Ley en que lleva la leyenda «Información y sesiones informativas», igualmente se modifica. El número 1 I se mantiene prácticamente igual, salvo que en la redacción originaria se utiliza la expresión «sesión informativa» mientras que el Proyecto se inclina por «sesión inicial». El párrafo 2 de este mismo número 1 se mantiene sin ningún cambio. Se añade un párrafo 3 a este número 1 en el sentido de que «las partes habrán de manifestar durante la sesión el objeto de la controversia para que el intento de mediación pueda entenderse como suficiente para considerar cumplido el requisito de procedibilidad previo a la interposición de la demanda».

En el número 2 del mencionado art. 17 ahora se dispone que «el mediador deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar: a) La identidad del mediador, su cualificación, colegio profesional o institución a la que pertenece; b) La identidad de las partes; c) El objeto de la controversia; d) La fecha de la sesión»; e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente; y f) En su caso, la inasistencia de cualquiera de las partes» (44). Entendemos, que con base en esta letra f, también debería recogerse la inasistencia de los abogados en el caso de que compareciera la parte y no su abogado.

Concluye el art. 17.2º con un párrafo II en el que se prevé que «la certificación por el mediador de la asistencia de las partes a esta sesión inicial, o el inicio del proceso de mediación de buena fe, aun cuando posteriormente se abandone por el desistimiento de cualquiera de las partes, satisface el requisito de procedibilidad del intento negociador previo a la interposición de la demanda».

Se modifica el art. 19 LM «Sesión constitutiva» en el Proyecto, que no se modificaba en el Anteproyecto. Este precepto establece que «1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, b) sin perjuicio de su posible modificación (*sic*) (45), c) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de los otros posibles gastos, d) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas, e) Lugar de celebración y la lengua del procedimiento. 2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en que consten estos aspectos, que será firmada por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto». Las modificaciones respecto a la redacción vigente se refieren a que se han reducido determinados aspectos que en el Proyecto no aparecen y que hacen referencia a lo siguiente: «a) La identificación de las partes, b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes, c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación», en todo lo demás la nueva redacción es idéntica al precepto actual.

Asimismo, el art. 20 LM «Duración del procedimiento», aunque en el Proyecto se dice que «queda

redactado así», en realidad se añade un número 2, con lo cual el párrafo único anterior pasa a ser el número 1. El número 2 es del siguiente tenor «En los casos en que se opte por el intento de mediación como requisito de procedibilidad, la duración de la mediación no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador».

Por otro lado, se suprime el número 2 de la disposición adicional segunda que hace referencia a que «Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita [en adelante, LAJG], en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes». Supresión lógica dado que se modifica dicho art. 6 de la Ley 1/996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita por la Disposición final tercera del Proyecto, añadiendo un nuevo ap. 11.

Y, por último, se modifica la disposición final octava.2 LM, sobre «Desarrollo reglamentario del control de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley», que en vez de establecer la posibilidad de que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, pudiera determinar «la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir. El Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores». Ahora, en cambio, se establece, con carácter vinculante, que «las Administraciones públicas competentes determinarán la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir. Dicha formación incluirá, entre otras materias, un módulo de igualdad, de detección de violencia de género, de perspectiva de género y de infancia y de diversidad sexual, de género y familiar para todos los mediadores que deseen actuar en el ámbito del Derecho de familia. El Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores».

## VII. CONCILIACIÓN PRIVADA

La conciliación es el sistema de solución de controversias en el cual un tercero, el que actúa de conciliador, intenta que las partes, aproximando sus posiciones, lleguen a un acuerdo, no imponiendo la solución al conflicto pero que si puede ofrecerla.

Es uno de los medios adecuados de solución de controversias que se recogen en el Proyecto. Al utilizar el calificativo «privada (46) » se contrapone a la conciliación ante un órgano jurisdiccional. Esta última puede ser pre-procesal, es decir, antes del proceso, y se regula en los arts. 139-148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), pudiéndose celebrar ante el Juez de Paz o ante el Letrado de la Administración de Justicia, conforme al art. 140.1º LJV (47) . La conciliación ante un órgano jurisdiccional puede ser también posible una vez que el proceso se ha iniciado: es la conciliación judicial intra-procesal, que produce el efecto de poner término al proceso y, de no cumplirse el acuerdo, el de poder ser exigido ejecutivamente. A ella se refieren los arts. 415 y

428.2º LEC, preceptos sistemáticamente ubicados en la regulación de la audiencia previa al juicio del Proceso ordinario, lo cual no obsta para que pueda llevarse a cabo también en la vista del Juicio verbal (48).

Se prevé en el art. 14 Proyecto, que lleva por título «Conciliación privada», que «1. Toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le correspondan en defensa de un derecho que considere vulnerado, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociadora tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a que pretende demandar».

En el n.º 2 de ese mismo artículo se precisan los requisitos para ser conciliador. Así: «a) Estar inscrito como ejerciente en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, notariado, en el de registradores de la propiedad, así como en cualquier otro que esté reconocido legalmente; o bien estar inscrito como mediador en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas; b) Ser imparcial; y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional; c) En el caso de que se trate de una sociedad profesional, deberá cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio».

En cuanto al encargo profesional al conciliador, el n.º 3 del art. 14 establece que «puede realizarse por las dos partes de mutuo acuerdo o solo por una de ellas. En el encargo se ha de expresar sucintamente, pero con la necesaria claridad, el contenido de la discrepancia objeto de conciliación, así como la identidad y circunstancias de la otra u otras partes. De la misma forma se procederá cuando sean las dos partes, de mutuo acuerdo, las que soliciten la intervención de la persona que hayan convenido para la realización de tal actividad. A efectos de comunicación entre el conciliador y las partes, se deberá indicar específicamente el teléfono, el correo electrónico a efectos de citaciones, así como, en su caso, el medio del que se dispone para la realización de los encuentros virtuales mediante videoconferencia». Por último, se dispone (n.º 4) que «la persona conciliadora debe aceptar de forma expresamente documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido», estableciéndose que «estará sujeta a las responsabilidades que procedan por el ejercicio inadecuado de su función».

---

Para ser conciliador no se exige ninguna formación específica aunque se señalan profesiones jurídicas de reconocido prestigio como posibles conciliadores. En cambio, sí se exige para el mediador que sí puede ser conciliador con lo cual en teoría se hace de peor condición al conciliador, salvo que se trate de alguna de esas profesiones

---

También se cuida el Proyecto de precisar cuáles son esencialmente las funciones específicas de la



persona conciliadora (art. 15) en el sentido siguiente: a) Realizar una sesión inicial informando a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, de su formación y experiencia; así como de las características de la conciliación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar; b) Gestionar por sí misma, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen; c) Documentar un acta de inicio de la conciliación, firmada por todas las partes, delimitando las partes, el objeto de la controversia, los honorarios, si las partes van a comparecer por sí mismas o asistidas de letrado, letrada o representante legal y si, en su caso, el procedimiento culminará con un dictamen u opinión escrita no vinculante, con los efectos previstos en el art. 15 (*sic*) de esta Ley [se refiere al art. 17 del Proyecto, relativo a «Opinión de experto independiente»]; d) Presidir las reuniones de las partes y dirigir todos los trámites del proceso de conciliación, bien sea personalmente (49) o por medio de instrumentos telemáticos; e) Dar la palabra de forma ordenada y equitativa a cada una de las partes, pudiendo realizar las sesiones conjuntas o individuales que estime pertinentes; f) Valorar las pruebas documentales, testificales y periciales propuestas por las partes; g) Formular directamente a las partes posibles soluciones, e incluso proponer la posibilidad en cualquier momento de poder emitir una opinión escrita no vinculante e invitar a las partes a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común; h) En el caso de que exista acuerdo total o parcial de las partes en el desarrollo del proceso de conciliación, requerir a los abogados de las partes, si estuviesen personados, para que supervisen el acuerdo; i) Elaborar el acta final en el que se recoja la propuesta sobre la que existe acuerdo total o parcial y firmar en su calidad de conciliador dicho acuerdo junto con las partes y sus abogados o representantes legales si estuviesen personados; j) En caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación; k) Si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita».

Como se ve, el Proyecto establece de una forma muy detallada las funciones del conciliador. Al respecto es conveniente señalar que dado que debe informar a las partes de las «consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar» ello inclina claramente la balanza porque el conciliador tenga conocimientos jurídicos, que es lo que sucederá en la práctica, en detrimento de otras profesiones que no los tengan.

Y llama la atención que para ser conciliador no se exige ninguna formación específica, pero es verdad, que se señalan profesiones jurídicas de reconocido prestigio como posibles conciliadores. En cambio, sí se exige para el mediador que sí puede ser conciliador con lo cual en teoría se hace de peor condición al conciliador, salvo que se trate de alguna de esas profesiones jurídicas a las que acabo de aludir y que además se hayan formado en la materia específica del correspondiente medio adecuado de controversias, lo que sí se hace con el mediador.

## VIII. OFERTA VINCULANTE CONFIDENCIAL

En el Proyecto (art. 16) se recoge como uno más de los medios adecuados de solución de controversias la oferta vinculante confidencial. Así, se dispone que «1. Cualquier persona que, con

ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable».

El pre-legislador se preocupa de cómo es la forma de llevar a cabo esa oferta vinculante. La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación han de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido (art. 16.1º II Proyecto). La oferta vinculante tendrá carácter confidencial, siéndole de aplicación lo previsto en el art. 8 relativo a la confidencialidad y protección de datos (art. 16.2º Proyecto).

En el caso de este medio adecuado, si la oferta vinculante es rechazada, o no es aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiéndose que se ha cumplido el requisito de procedibilidad (art. 16.3º Proyecto).

## IX. OPINIÓN DE EXPERTO INDEPENDIENTE

Como ya hemos dicho, la «opinión de experto independiente» es otro de los medios adecuados de solución de controversias. El Proyecto le dedica su art. 17. Se comienza describiendo en qué consiste este mecanismo. Así, «1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido». Continúa el precepto previendo que «2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el art. 8 [relativo a la confidencialidad y protección de datos] de este Título». «3. Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto». «4. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignara en los términos previstos en su art. 11 [sobre formación del acuerdo] de este Título y tendrá los efectos previstos en su art. 12 [relativo a la validez y eficacia del acuerdo]» (50). Concluye este artículo en cuanto al cumplimiento del requisito de procedibilidad que «5. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad».

## X. EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y DE SU TERMINACIÓN SIN ACUERDO

«La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias, en la que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la parte requerida en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste al solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito (art. 6.1º I Proyecto). Sobre mediación, téngase en cuenta el art. 4 LM, al que ya nos hemos referido, que prácticamente reproduce este art. 6, aunque en el caso de la mediación, la interrupción de la prescripción o la suspensión de acciones es desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, y no desde que conste la recepción de la solicitud correspondiente por la parte requerida.

Continúa el art. 6.1º II Proyecto estableciendo que «la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo».

«En el caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad (51). Si se hubieran acordado medidas cautelares, las partes deberán formular la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquéllas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida en caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta» (art. 6.2º Proyecto).

Finalmente, sobre las consecuencias que se derivan en el caso de que se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la LEC (art. 6.3º Proyecto).

## **XI. ACREDITACIÓN DEL INTENTO DE NEGOCIACIÓN Y TERMINACIÓN DEL PROCESO SIN ACUERDO**

Para acreditar que se ha intentado una actividad negociadora previa y que, por tanto, se ha cumplido el requisito correlativo de procedibilidad, dicha actividad negociadora debe ser recogida documentalmente (art. 9.1º Proyecto).

A estos efectos, el pre-legislador distingue si sólo han intervenido las partes, en cuyo caso la

acreditación podrá cumplirse mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon las propuestas iniciales (art. 9.2 °Proyecto). En el caso de que haya intervenido un tercero neutral gestionando la actividad negociadora, este deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar los siguientes requisitos: a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece, o registro en el que esté inscrito; b) La identidad de las partes; c) El objeto de la controversia; d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas; y e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente (art. 9.3° I Proyecto).

En el caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. Si quien no compareciese fuese la parte que promovió la actividad negociadora se consignará tal circunstancia (art. 9.3° II Proyecto).

Por último, se alude a los casos en que se entiende que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo. Son los siguientes casos: a) Si transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito; b) Si transcurrieren tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo. No obstante lo anterior, las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo; c) Si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad (art. 9.4° Proyecto).

## XII. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

El art. 11 del Proyecto se ocupa de la regulación de la formalización del acuerdo. En el documento que recoja el acuerdo se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad del tercero neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones del Proyecto (art. 11.1° Proyecto). Echamos en falta, que no se prevea que se recoja la identidad de los abogados que hayan intervenido, si es el caso, salvo que en un sentido muy amplio se entienda que la referencia a la identidad de las partes incluye la de sus abogados, lo que no consideramos que sea técnicamente correcto.

El acuerdo deberá ser firmado por las partes o sus representantes y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene un tercero neutral éste entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación (art.11.2° Proyecto). Volvemos a echar en falta la referencia a los abogados de las partes, si hubieran intervenido, pero además, en nuestra opinión sería muy necesario que el acuerdo sea firmado también por el tercero imparcial que hubiera

intervenido, si ese fuera el caso. En cambio, en el art. 15 i) Proyecto, respecto a las funciones de la persona conciliadora, si se establece «firmar en su calidad de conciliador dicho acuerdo junto con las partes y sus abogados o representantes legales si estuviesen personados».

Las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública, siendo los gastos notariales sufragados según lo acordado por ellas. En defecto de acuerdo sobre la asunción de tales gastos, serán sufragados por la parte que solicite la elevación a escritura pública, sin perjuicio de la repercusión que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución en materia de costas, según lo establecido en los arts. 241.6º y 539 LEC, al tratarse de derechos arancelarios que deben abonarse para conformar el título ejecutivo (art.11.3º I Proyecto).

En el caso de no atender la parte requerida la solicitud de elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública, podrá otorgarse unilateralmente por la parte solicitante, debiendo hacerse la solicitud por medio del Notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él (art. 11.3º II Proyecto). No siendo necesario la presencia del tercero neutral en el acto de otorgamiento de la escritura (art. 11.3º III Proyecto).

Para elevar a escritura pública el acuerdo, el Notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Proyecto y que su contenido no es contrario a Derecho (art. 11.4º Proyecto).

Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea (art. 11.5 Proyecto).

Por último, cuando así lo exija la Ley o el acuerdo se hubiera alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación (art. 11.6º Proyecto).

### **XIII. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACUERDO**

El acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación, es decir, el acuerdo puede ser total o parcial, según los casos. El acuerdo alcanzado será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto. Añadiéndose que 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 (art. 12.1º Proyecto). 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 art. 9 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 (art. 12.2º Proyecto).

Nos congratulamos que en el Proyecto ya no se alude a que «el acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto», como se disponía en el Anteproyecto (art. 10.1º), lo que criticábamos por considerar que el pre-legislador incurría en un error (52) .

Novedad introducida en el Proyecto respecto al Anteproyecto es que por la Disposición final primera se modifica el art. 103 bis.2 la Ley Hipotecaria en el sentido de que «celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia. La certificación estará dotada de eficacia ejecutiva en los términos del número 9.º del ap. 2 del art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Añadiéndose que «la ejecución se tramitará conforme a lo previsto para los títulos ejecutivos extrajudiciales».

A ello se refiere la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 36] al declarar que «en consonancia con las competencias que dentro del sistema de medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional se otorgan a los Registradores y Registradoras, se modifica el art. 103 bis de la Ley Hipotecaria para que la certificación de la conciliación registral esté dotada de eficacia ejecutiva en los términos del art. 517 LEC (53) y se modifica este último precepto para incluir expresamente entre los títulos que llevan aparejada ejecución los acuerdos alcanzados por las partes también en cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias distintos de los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que igualmente hubieren sido elevados a escritura pública, y también para acomodar las menciones a las escrituras públicas y pólizas de contratos mercantiles a la nueva regulación de la Ley del Notariado».

#### **XIV. HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES**

Se prevé que «cuando las partes acudan al proceso negociador asistidas por sus abogados habrán de abonar los respectivos honorarios» (art. 8.1º Anteproyecto).

A estos efectos, como ya hemos dicho, se añade al art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, relativo al contenido material del derecho, un nuevo ap. 11 (Disposición final tercera del Proyecto). Así el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende: «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, juezas, los tribunales, los letrados o las letradas de la Administración de Justicia 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».

Cuando intervenga un tercero neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Pero si la parte requerida para participar en el proceso de negociación 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 según lo previsto en el art. 10.2º Proyecto.

En 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 (Disposición adicional primera del Proyecto).

## **XV. MODIFICACIONES EN LA LEC POR RAZÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Como se recoge en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 22] «se producen también las modificaciones necesarias en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recogen en el art. 18 (*sic*) [es el art. 20] del Título II junto a otras modificaciones por razón de agilización procesal, para poder incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales de los que se haya valido el consumidor o usuario aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición de costas del pleito los tribunales puedan valorar la actitud de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y en el posible abuso del servicio público de Justicia (54), regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición y una vez que el deber de confidencialidad ha cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de la sentencia y se puede ya acreditar la formulación de una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta».

Hay que tener en cuenta los arts. 244.3 LEC, 245 y 245 bis LEC, relativos al traslado a las partes y aprobación de la tasación de costas, impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración y moderación de las mismas y tramitación y decisión de la solicitud de exoneración o reducción, respectivamente.

En el art. 264 LEC, relativo a los documentos procesales, en el que se dispone que «con la demanda o la contestación, habrán de acompañarse (...), añadiéndose un número 4, «el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la judicial cuando la Ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad».

El art. 399 LEC, sobre «la demanda y su contenido» en lo que ahora nos interesa, se añade un párrafo 2 al número 3, en el sentido de que «asimismo, 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».

No parece correcto que la potenciación de los medios adecuados de solución de controversias pase por constituir un requisito necesario para poder presentar la demanda en la mayor parte de los asuntos que llegan a nuestros tribunales civiles y mercantiles

Así como el art. 403.2º LEC, sobre los casos de inadmisión de la demanda si faltare algún documento exigido, que se modifica en el sentido de que «no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellas 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 art. 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».

También se modifica el art. 439 LEC, que en su nuevo número 5 dispone que «no se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuando no se acompañe a la demanda documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor». Según el nuevo n.º 6 del mismo artículo, en la redacción vigente es el n.º 5, no se admitirán a trámite demandas de juicio verbal cuando no se cumplan los requisitos de admisibilidad, que, para casos especiales, puedan establecer las leyes».

Igualmente se modifican los arts. 415, 429 y 443 LEC, que regulan la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario y de la vista en el juicio verbal, así como los arts. 565 y 776 LEC, para regular la posible derivación judicial a medios adecuados de solución de controversias cuando los procedimientos judiciales se encuentren en primera instancia o ejecución. Y asimismo los arts. 722, 724 y 730 LEC sobre medidas cautelares en el caso de intento de medios adecuados de solución de controversias, en arbitrajes y litigios extranjeros [Exposición de Motivos Proyecto, Apartado II, párrafo 30]

En materia de costas durante la primera instancia también se han producido modificaciones de cara a dar eficacia a los nuevos medios adecuados de solución de controversias. Así, el art. 394.1 LEC dispone que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, pero en el párrafo III de dicho número 1 se establece que «no obstante, cuando la participación en un medio de solución de controversias sea legalmente preceptiva o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado».

En los casos de estimación o desestimación parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. Pues bien, en el art. 394.2º II LEC se establece que «no obstante, si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de



los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuere legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial». Asimismo, en el número 4 del mismo artículo se prevé que «si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie abuso del servicio público de Justicia».

En el caso de allanamiento se establece que «se entenderá que existe mala fe a estos efectos [cuando el demandado se allanare antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su conducta, o abuso del servicio público de Justicia] cuando, antes de presentada la demanda, se hubiese requerido de pago al demandado de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido en un intento de conciliación, la participación en un proceso de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias» (art. 395.1 II LEC).

Y finalmente, el art. 395.3º LEC establece que «si la parte demandada no hubiere acudido, sin justa causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia durante el proceso y luego se allanare a la demanda, se le condenará en costas, salvo que el tribunal, en decisión debidamente motivada, aprecie circunstancias excepcionales para no imponérselas».

Por otro lado, la Disposición adicional segunda Proyecto dispone que todas las referencias que en la LEC se hacen a la mediación hay que entenderlas referidas a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias previstos en el Proyecto.

## XVI. CONCLUSIÓN

En conclusión, como ya he dicho en ocasiones anteriores, debe tenerse muy presente siempre que es conveniente examinar a la vista del caso concreto, cuál es el sistema más idóneo para resolver el conflicto de la forma más adecuada, como incluso se dice en la propia Exposición de Motivos del Proyecto. Potenciar los MASC es una de las finalidades pretendidas de operadores jurídicos y económicos —a semejanza especialmente de los países anglosajones—, a la vista de las ventajas que presentan sobre el proceso judicial, consistentes en sus menores duración y coste o la flexibilidad que les caracterizan. Y en esa línea se enmarca el Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia de potenciación de los medios adecuados de solución de controversias.

Pero en lo que no estamos de acuerdo es que sea un requisito necesario para poder presentar la demanda en la mayor parte de los asuntos que llegan a nuestros tribunales civiles y mercantiles con la finalidad de descargar de asuntos a ese orden jurisdiccional, cuando ese debería ser, en su caso, el fin mediato de los MASC, pero no su fin inmediato que es colmar las expectativas de los ciudadanos para resolver sus controversias siempre que hayan optado por alguno de ellos de forma libre, y no condicionados por la necesidad de que si no lo hacen no podrán acceder a los tribunales de justicia.

Además, el que el intento de negociación, en un sentido amplio, incluyendo los diversos medios adecuados, a pesar de los efectos que se les otorgan, al tener categoría de requisito de procedibilidad necesario sin el cual no se dará curso a una demanda en los ámbitos civil y mercantil, con los incentivos que se establecen para su utilización, no obstante lo cual puede hacer inoperativos a los distintos MASC, como ocurrió con la obligatoriedad del uso de la conciliación en la LEC/1881, hasta que la Reforma Urgente de la LEC de 1984 le hizo devenir en facultativo por dicha inoperatividad, o la falta de éxito que ha tenido una medida similar en los últimos intentos de potenciar estos medios adecuados de solución de controversias.

Por último, espero que a lo largo de la tramitación legislativa de este Proyecto se reconsidere el que sean requisito de procedibilidad y que, en todo caso, se corrijan los defectos de falta de rigor técnico, como ya se ha hecho en algunos casos respecto al texto de Anteproyecto, para que, si se aprueba finalmente por las Cortes, sea un texto legal con la mejor técnica jurídica posible.

## BIBLIOGRAFÍA

DEL RIO, A., «Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto», *Confilegal*, del 30 de enero de 2021.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «La conciliación», *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos* [R. Hinojosa Segovia, coord.], Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2006, pp. 91-101.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, enero-marzo 2021|05, pp. 9-38

ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, abril-junio, 2021|07, pp. 10-32.

(1)

El texto del Proyecto puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley*, de 22 de abril de 2022, n.º 97-1, pp. 1-131.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre el Anteproyecto de Ley puede verse R. Hinojosa Segovia, «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», en *LA LEY Mediación y Arbitraje*, enero-marzo 2021|05, pp. 9-38, que hemos tenido muy en cuenta para la redacción de este artículo; y P. Ortuño Muñoz, «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, abril-junio, 2021|07, pp. 10-32.

Ver Texto

(3) El corchete es añadido.

Ver Texto

(4) En «Comparecencia de la ministra de Política Territorial y portavoz del Gobierno, la ministra de Justicia y el ministro del Interior», p. 4, que puede consultarse en [<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2022/rpcm12042022.aspx>].

Ver Texto

(5) El corchete es añadido.

Ver Texto

(6) En «Comparecencia de la ministra...», cit., p. 5.

Ver Texto

(7) En «Comparecencia de la ministra...», cit., p. 5.

Ver Texto

(8) En «Referencia del Consejo de Ministros», de 12 de abril de 2022, p. 6, que puede consultarse en [[https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220412\\_corregida.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220412_corregida.aspx)].

Ver Texto

(9) En «Referencia...», cit., p. 7.

Ver Texto

(10) Puede verse *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos* [Coordinador, R. Hinojosa Segovia], Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2006, 212 pp.

Ver Texto

(11) Edición del Tricentenario. Actualizada en 2021.

Ver Texto

(12) Aceptación 11ª de la voz medio.

Ver Texto

(13) Aceptación 4ª de la voz método.

Ver Texto

(14) Así lo señalaba el anterior Ministro de Justicia, Excmo. Sr. D. Juan Carlos Campo Moreno, cuando informaba de la aprobación del Anteproyecto, al decir que son «mecanismos que lo que vienen es a fomentar una cultura de la que todavía estamos ayunos». En «Comparecencia de la Ministra de Hacienda y Portavoz del Gobierno y el Ministro de Justicia», Madrid, 15 de diciembre de 2020, p. 5, en [<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx>].

Ver Texto

(15) El corchete es añadido.

Ver Texto

(16) En la Disposición adicional cuarta del Proyecto se avanza las funciones de los «Servicios de medios adecuados de solución de controversias», a efectos de potenciar estos medios de solución de controversias.

Ver Texto

(17) En «Referencia...», cit., p. 6.

Ver Texto

(18) En *Justicia Dato a Dato. Año 2021. Estadística Judicial*, p. 38. Que puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

Ver Texto

(19) En relación a los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieren contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto las previstas en la legislación especial en materia de consumo como los generales previstos en el Proyecto. Se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o ante la entidad que se cree en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera, ap. 1, de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Disposición adicional quinta Proyecto).

Ver Texto

(20) *Vid...* R. Hinojosa Segovia, «Los medios adecuados de solución de controversias...», cit., p. 4.

[Ver Texto](#)

(21) Basta comparar los datos de 2019, según los cuales los asuntos que ingresaron en los tribunales españoles, de todas las jurisdicciones, fueron un total de 6.279.302, que ciñéndonos a la jurisdicción civil fueron un total de 2.384.147 asuntos, y que a final de ese año continuaban tramitándose 1.564.183 asuntos; y los datos de 2020, los asuntos que ingresaron en los tribunales españoles, de todas las jurisdicciones, fueron un total de 5.526.754, que ciñéndonos a la jurisdicción civil fueron un total de 2.212.084 asuntos, y que a final de ese año continuaban tramitándose 1.736.425 asuntos, con los de 2021, recogidos en el texto principal.

[Ver Texto](#)

(22) *Vid...* Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 1].

[Ver Texto](#)

(23) En «Comparecencia de la ministra de Hacienda...», cit., p. 5.

[Ver Texto](#)

(24) Así se prevé en la Disposición adicional tercera «Estatuto del tercero neutral», párrafos II y III, la obligación por parte 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 respecto a las normas sobre confidencialidad y protección de datos. Por su parte, en el párrafo III se establece que «las Administraciones con competencia en materia de Justicia acodarán 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. Se supone todo ello, a efectos de conocer el número de medios adecuados de solución de controversias realizado y el resultado de dichos medios para control estadístico.

[Ver Texto](#)

(25) En la Exposición de Motivos [Apartado II, párrafos 32 y 33], se declara que «la implantación y fomento de los medios adecuados de solución de controversias exige también la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y la modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. De esta manera, se revisa la exención prevista en dicho impuesto para las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, con la finalidad de que pueda resultar aplicable cuando, sin fijarse su cuantía legal ni judicialmente, la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante de los daños físicos o psíquicos en cumplimiento de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto».

«Igualmente, se revisa el régimen fiscal establecido para las anualidades por alimentos percibidas de los padres con el objeto de eliminar cualquier duda sobre la aplicación del mismo a las anualidades fijadas

en los convenios reguladores a que se refiere el art. 90 Cc formalizados ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, al tiempo que se recuerda que dicho convenio puede ser el resultado de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto». Adviértase que aquí el pre-legislador usa exclusivamente el término «Notario» cuando suele utilizar los términos de «notario y notaria».

Ver Texto

(26) Así, se puede ver la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación [Ap. 1, párrafo 4] al declarar «por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significado impulso con medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo».

Ver Texto

(27) Como se declara en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 8] al decir «para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos».

Ver Texto

(28) Puede consultarse en [<https://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2010/04/mediacion.pdf>].

En cuya Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 5] se declara que «para impulsar este instituto la Ley exige el inicio de la mediación en determinados casos en los que se exige como requisito necesario y previo para acudir a los tribunales o a un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así lo hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad, a cuyo fin se modifican las leyes procesales pertinentes».

Ver Texto

(29) En el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia se pretende elevar dicha cuantía hasta 15.000 euros. Véase art. 20. «Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», al modificar su art. 250.2.

Ver Texto

(30) Puede consultarse en [[https://atymediacion.es/sites/default/files/2018-03/apl\\_de\\_mediacion\\_\\_a\\_firma.pdf](https://atymediacion.es/sites/default/files/2018-03/apl_de_mediacion__a_firma.pdf)].

Ver Texto

(31) Así se declara que «para impulsar la utilización de este instituto la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad» [Apartado III, párrafo 2].

Ver Texto

(32) «Que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 29 de marzo de 2012, en la que se acordó su convalidación» [BOE 6.3.2012], «así como su tramitación como Proyecto de Ley», *Vid... Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley*, de 10 de abril de 2012, n.º 6-1, p.1.

Ver Texto

(33) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley*, de 10 de abril de 2012, n.º 6-1, pp. 1-12.

Ver Texto

(34) Puede consultarse en [<https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>].

Ver Texto

(35) El corchete es añadido.

Ver Texto

(36) *Vid...* Disposición final sexta del Proyecto de Ley, que estamos comentando, *Modificación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, tres*, que modifica la rúbrica y el ap. 1 del art. 6, donde se recogen los casos en los que los interesados estarán obligados a intentar la mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo

Ver Texto

(37) Puede consultarse en [<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/02/Observaciones-Abogacia-ley-de-mediacion.pdf>], especialmente pp. 2 y 3.

Ver Texto

(38) Consejo General de la Abogacía Española, «Observaciones del Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», Madrid, 12 de febrero de 2021, pp. 4 y 5, que puede consultarse en [<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/07/Observaciones-APL-Eficiencia-Procesal.pdf>]

Ver Texto

(39) En la Disposición adicional tercera «Estatuto del tercero neutral» se dispone 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».

Ver Texto

(40) *Vid.* arts. 6.2º Cc y 19.1º LEC.

Ver Texto

(41) *Vid.* arts. 244.3, 245 y 245 bis LEC, relativos a la tasación de costas, según la redacción dada por los arts. 20, 38, 39 y 40 del Proyecto.

Ver Texto

(42) Llama la atención que ahora se suprime en el título del art. 6 el carácter voluntario de la mediación, haciendo desaparecer su referencia en el párrafo 1 de este mismo artículo, aunque, como ya hemos señalado, en el art. 1 LM, modificado, se alude a dicho principio.

Ver Texto

(43) En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones [art. 16.1º a) LM].

Ver Texto

(44) En la redacción originaria el art. 17.2º LM dispone «Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el ap. 1».

Ver Texto

(45) Como se ve es una errata, dado que el contenido de la letra b) debería ir a continuación de la letra a).

Ver Texto

(46) La regulación de la conciliación privada en el Anteproyecto, pero de total aplicación al Proyecto, ha sido criticada por Del Rio. A., en «Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto», en *Confilegal*, del 30 de enero de 2021, que puede consultarse en [<https://confilegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/>]. «En primer lugar porque el fundamento teórico de su existencia como procedimiento diferente de la mediación por el sólo hecho de que el tercero neutral puede proponer soluciones al conflicto, es del todo inconsistente. Por lo tanto, desde el punto de vista teórico, no debería reconocerse la conciliación privada como un medio de solución de controversias distinto de la mediación». «En segundo lugar porque supone ir en sentido totalmente contrario al criterio internacional vigente a este respecto. Este debate se ha producido en el seno de las instituciones internacionales responsables de su regulación, que utilizaban ambos términos, mediación, y conciliación por considerarlos intercambiables». Y, también destaca que «esta conciliación privada o mediación sui generis podrá llevarse a cabo por cualquier profesional dado de alta en activo en su respectivo colegio profesional (art. 12.2º a). No se le exige preparación alguna para abordar estas situaciones, carece de titulación como mediador, carece de responsabilidad civil



específica para esta materia y no es preciso que conste inscrito en registro alguno».

[Ver Texto](#)

(47) Se declara en la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafo 17] que «con independencia de la conciliación ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia prevista y regulada en los artículos 139 y sucesivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, las leyes de enjuiciamiento prevén la actividad conciliadora de los tribunales en diversos momentos del procedimiento...», lo cual no es exacto, dado que según el art. 140 LJV establece, como hemos recogido en el texto principal, que «será competente para conocer del acto de conciliación el Juez de Paz o el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, del domicilio del requerido. Si no lo tuviere en territorio nacional, el de su última residencia en España. No obstante, lo anterior, si la cuantía de la petición fuera inferior a 6.000 euros y no se tratara de cuestiones atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil la competencia corresponderá, en su caso, a los Juzgados de Paz».

[Ver Texto](#)

(48) Puede verse R. Hinojosa Segovia, «La conciliación», en *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit., pp. 91-101 Aunque publicado antes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, son especialmente ilustrativas las pp. 91-93.

[Ver Texto](#)

(49) En el Anteproyecto se aludía «presencialmente», en vez de «personalmente», que considero mucho más acertado.

[Ver Texto](#)

(50) Los corchetes son añadidos.

[Ver Texto](#)

(51) Ahora no se prevé qué sucede si transcurrido el plazo previsto en el art. 6.2º Proyecto no se haya presentado la demanda, cuando en el Anteproyecto (art. 4.2º) se disponía que en tal caso las partes deberían iniciar un nuevo proceso de negociación para entender cumplido el requisito de procedibilidad. Ello puede obedecer al distinto plazo previsto en el Anteproyecto, tres meses, y en el Proyecto, un año.

[Ver Texto](#)

(52) *Vid.* R. Hinojosa Segovia, «Los medios adecuados de solución de controversias...», *loc. cit.*, p. 19.

[Ver Texto](#)

(53) Así el art. 517.2.2º LEC, según la redacción dada por el Proyecto, dispone que tendrán aparejada ejecución «los laudos o resoluciones arbitrales los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como los acuerdos alcanzados por las partes en cualquier otro de los medios adecuados

de solución de controversias que igualmente hubieren sido elevados a escritura pública».

[Ver Texto](#)

(54) En la Exposición de Motivos del Proyecto [Apartado II, párrafos 23 y 24] se declara que «Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuere preceptivo. Del mismo modo, el abuso público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (párrafo 23) «Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios con cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía» (párrafo 24).

[Ver Texto](#)

## Mediación penal en España

### Criminal mediation in Spain

En determinados casos la respuesta penal tradicional a ciertos conflictos no supone una satisfacción óptima ni para la víctima, ni para el infractor, ni tampoco para la sociedad en general.

Las ventajas de la mediación penal, como método complementario de la función ejercida por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal son claras y, sin embargo, los datos que arrojan las estadísticas oficiales en España conducen a pensar en la pérdida de una oportunidad para mejorar y modernizar la Administración de Justicia.

El planteamiento en el que coexisten los modelos de Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa, aboga por obtener una mejor respuesta de los juzgados y tribunales penales a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva como medio para obtener una resolución judicial de mayor calidad que repare de manera integral a la víctima, responsabilice de sus actos al infractor y evite el enquistamiento del conflicto para el futuro.

Pasados más de cinco años desde las primeras reformas legislativas se evidencia la necesidad de continuar en la senda entonces marcada supliendo las carencias normativas actuales y evitando que se generen recelos en las partes implicadas a la hora de apostar por la mediación penal como método de resolución de conflictos.

Mediación penal — Mediación penal intrajudicial — España — Justicia Retributiva — Justicia Restaurativa

In some cases, the traditional criminal response to certain conflicts does not provide optimal satisfaction for either the victim, the offender, or society in general.

The advantages of criminal mediation, as a complementary method of the function exercised by the Criminal Law Courts, are clear and, nevertheless, the data that official statistics show in Spain lead us to think about the loss of an opportunity to improve and modernize the Administration of Justice.

The approach in which the Retributive Justice and Restorative Justice models coexist advocates for a better response from the Criminal Law Courts to satisfy the right to effective judicial protection to obtain a higher quality in the judicial resolution that fully repairs the victim, hold the offender responsible for his acts and avoid entrenching the conflict for the future.

More than five years after the first legislative reforms, there is evidence of the need to continue the path then marked, supplying the current regulatory deficiencies and avoiding misgivings in the parties involved when it comes to betting on criminal mediation as a method of resolving disputes.

Criminal mediation — intrajudicial mediation — Spain — Retributive Justice — Restorative Justice



Josefa Teresa Roselló Monserrat

*Abogada. Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues, S.L.P.*

## I. INTRODUCCIÓN

Salvo las referencias introducidas en la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor, hasta el año 2015, no existía en España regulación sobre la mediación penal, sin perjuicio de las menciones que algunas resoluciones judiciales aisladas hacían a la materia.

Ello pese a que la Decisión Marco 2001/220/JAI, instaba a los Estados Miembros a poner en vigor las disposiciones legales necesarias para impulsar la mediación en las causas penales y velar por que pudiera tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado a más tardar el 22 de marzo de 2006.

Hoy en día, las citas normativas continúan siendo exiguas, dispersas y carentes de una mayor y mejor previsión legal que permita aprovechar todo el potencial que ofrece la Justicia Restaurativa tanto a las víctimas de delitos, como a los infractores, como a la Administración de Justicia y a la sociedad en general.

La Recomendación n.º R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa define la mediación penal como todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si lo consienten libremente, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente.

Las ventajas de la mediación penal, como método complementario de la función ejercida por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal son claras y, sin embargo, los datos que arrojan las estadísticas oficiales conducen a pensar en la pérdida de una oportunidad para mejorar y modernizar la Administración de Justicia.

El Informe sobre Mediación Intrajudicial (Años 2009-2021) (1) elaborado por el Consejo General del Poder Judicial arroja datos que no deben llevar al desaliento. Dejando de lado la información relativa a los ejercicios 2020 y 2021, por estar sin duda condicionada por la situación excepcional provocada por la pandemia por COVID-19, en el apartado relativo a las cifras por Comunidades Autónomas del año 2019 se reseña un saldo total de 215 asuntos derivados a la mediación penal, de los cuales solo 25 finalizaron con avenencia. Adicionalmente, los datos desglosados, arrojan cifras desiguales entre las distintas Comunidades Autónomas que denotan ausencia de implantación uniforme en todo el territorio nacional y desigual implicación y destinación de medios en los distintos territorios autonómicos.

Las cifras ponen de manifiesto la necesidad de un nuevo impulso legal que, pese a los intentos ensayados en los distintos anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal sucedidos durante los años 2011, 2013 y 2020 no ha cristalizado por el momento.

Pese al contexto legislativo descrito, no pueden negarse los esfuerzos del legislador en el año 2015 con la promulgación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, y el RD 1109/2015, de 11 de diciembre que desarrolla la misma, junto con la reforma del Código Penal que introdujo en el art. 84.1 de dicho texto legal la figura de la mediación penal, reconociéndole efectos en lo relativo a la suspensión de la ejecución de la pena.

Tampoco puede negarse la clara apuesta por la mediación de Comunidades Autónomas y operadores jurídicos y sociales, con la suscripción de convenios de colaboración que permiten materializar la puesta en práctica de este método de resolución de conflictos.

Sin embargo, pasados más de cinco años desde estas reformas legislativas se evidencia la necesidad de continuar en la senda de implicación entonces marcada y desarrollar una normativa integral que aborde las carencias actuales y elimine recelos (2) en todas las partes implicadas a la hora de apostar por someter un determinado conflicto a la mediación penal intrajudicial. Sin duda, una mejor definición, especialmente procesal, del uso del mecanismo y sus consecuencias contribuiría a un impulso determinante de su definitiva implantación.

## II. JUSTICIA RETRIBUTIVA Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Partimos en este apartado de la idea de no querer enfrentar ambos modelos de administrar Justicia.

La tentación de contraponer el modelo de justicia penal que gira en torno a la venganza y el castigo frente al que pone a la víctima en primer plano y persigue su participación en la solución del conflicto es grande. Si la intención es promover una mayor y mejor implantación de la Justicia Restaurativa a través del mecanismo de la mediación penal, lo más sencillo sería hablar de las ventajas que ofrece esta frente a los reconocibles y reconocidos defectos y carencias de nuestro modelo tradicional de Justicia Penal, encuadrado en los parámetros de la Justicia Retributiva (3).

No se trata de ello sino de explorar las carencias de nuestro actual sistema para buscar una Administración de Justicia mejor que resuelva conflictos a los que ahora no alcanza a solventar satisfactoriamente para las partes implicadas en ellos.

El objetivo no puede ser volver del revés el actual sistema para implantar un modelo utópico sino de aprovechar las ventajas que aporta el modelo de Justicia Restaurativa para ofrecer al ciudadano una Administración de justicia moderna y que responda en mayor medida a sus necesidades y expectativas.

Ambos modelos pueden (y deben) coexistir de manera complementaria, puesto que no todos los conflictos son susceptibles de solucionarse por vía de la mediación penal, tanto desde el punto de vista de los hechos, como de las características subjetivas de las personas que se hayan visto involucradas en ellos, ya sean víctimas o victimarios.

Debemos ser conscientes de que, en determinados casos, la respuesta penal tradicional a ciertos conflictos, no va a suponer una reparación óptima para la víctima, ni va a restañar las heridas

provocadas por la comisión del delito e, incluso, la excesiva demora en obtener el resarcimiento, con el necesario y amargo trago del juicio oral y de recordar como testigo un acontecimiento doloroso, puede suponer que aquella herida que el paso del tiempo solo hizo cicatrizar superficialmente vuelva a abrirse.

Igualmente, la solución represiva tradicional no evita que en el futuro puedan surgir nuevos conflictos porque la solución viene impuesta por un tercero, el resarcimiento otorgado no sea satisfactorio para la víctima, no haya compromiso de las partes en la solución del conflicto ni se las involucre en el procedimiento penal más allá de su intervención en el mismo dentro de limitados y compartimentados cauces procesales. (4)

En palabras de la STS 2ª, n.º 249/2014 de 14 de marzo,

*«La mediación no es la herramienta para alcanzar unos fines. Hay que situarla en su lugar adecuado. La reparación y la conciliación son objetivos que la llamada justicia restaurativa que textos internacionales animan a implementar en alguna de sus formas (vid., Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001—arts. 10 y 17—sustituida por la Directiva 2021/29/UE del Parlamento Europeo del Consejo de 25 de octubre de 2021 —art. 12—) colocan en un lugar preferente, aunque no excluyente. La mediación es solo una de las vías —no la única— para alcanzar esos objetivos. Es el medio y no fin. La reparación en esa perspectiva engloba no solo indemnizaciones y en general los contenidos de la responsabilidad civil. Los parámetros exclusivamente pecuniarios no agotan todas las vertientes de la reparación. Puede tener otros componentes que la justicia restaurativa invita a redescubrir. En ocasiones la víctima necesita tanto o más que un resarcimiento económico una explicación, una petición de perdón, la percepción de que el victimario se ha hecho cargo del daño causado injustamente; la comprobación del esfuerzo reparador no seguido de logros efectivos pero movido por el sentimiento de que se debe reparar el mal infligido»*

No cabe duda de que este planteamiento aboga por obtener una mejor respuesta de los juzgados y tribunales a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva como medio para obtener una resolución judicial de mayor calidad que repare de manera integral a la víctima, facilite que el infractor se responsabilice de manera voluntaria de sus propios actos y de las consecuencias de estos y evite el enquistamiento del conflicto para el futuro.

---

**La mediación penal, no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos sino instrumental y accesorio, que no impide que el procedimiento penal deba continuar adelante hasta su terminación**

---

La mediación penal intrajudicial es, adicionalmente, un mecanismo óptimo para hacer efectivo el principio de intervención mínima, evitando parte de la saturación de nuestros tribunales penales, y para alcanzar una mayor agilidad y prontitud en la resolución de aquellos conflictos que resulten

aptos para ser sometidos a mediación penal intrajudicial.

Podemos quedarnos con las palabras de la SAP Madrid 17ª 9 de junio de 2008, al ofrecer a las partes la mediación como

*« ... alternativa a querellantes y a acusado como una opción quizás más razonable y esperanzadora para resolver el conflicto que los mismos han sufrido desde hace tanto tiempo y respecto al cual la justicia del orden penal no ha podido responder satisfactoriamente. »*

La mediación penal intrajudicial no puede sustituir ni desplazar al procedimiento judicial pero sí puede suponer la ampliación de las funciones del sistema de justicia penal mediante la implementación de una metodología distinta a la tradicional para la resolución de determinados conflictos que en modo alguno está reñida con el control de legalidad del Juez (5) .

En definitiva, la mediación penal, no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos sino instrumental y accesorio, que no impide que el procedimiento penal deba continuar adelante hasta su terminación con plenas garantías para víctima e infractor y sin que en ningún caso el reproche penal quede al arbitrio de la víctima.

Se hace necesario perfilar un marco legal adecuado para, siempre a través del procedimiento penal, resolver el conflicto generado por determinadas infracciones penales de la manera más satisfactoria para las partes y con un nivel de compromiso mucho mayor que el que pueda conllevar una resolución judicial meramente punitiva emitida a la manera tradicional.

### III. MARCO NORMATIVO VIGENTE

El primer antecedente normativo que se refiere expresamente a la cuestión se puede encontrar en La Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor que en su art. 19 prevé que el Ministerio Fiscal pueda solicitar el sobreseimiento y archivo de lo actuado cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

La siguiente referencia legal expresa a la mediación penal se encuentra en la ley 4/2015 de 25 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD) cuyos antecedentes y fundamentos remotos se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI. Nuestro EVD dedica a la cuestión dos preceptos.

Su art. 5 establece el derecho de toda víctima a recibir información, entre otras cuestiones, sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

En segundo lugar, su art. 15 se refiere expresamente al acceso de las víctimas a los «Servicios de Justicia Restaurativa», estableciendo los requisitos que deben cumplirse para ello, exigiendo a tal efecto que:

- El infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.
- La víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento.
- El infractor haya prestado su consentimiento.
- El procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, no exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima y
- No esté prohibida por la ley para el delito cometido.

A continuación, este precepto fija los términos de confidencialidad en que se desarrollarán los debates del proceso de mediación y establece el secreto profesional al que estarán sujetos los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación.

Por su parte, el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, desarrolla el Estatuto de las Víctimas del Delito y se refiere en algunos de sus artículos a la mediación penal. Concretamente, en lo relativo al objeto de este trabajo, introduce en su art. 37 la facultad de las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito de proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo consideren beneficioso para la víctima, así como la realización de actuaciones de apoyo a los servicios de mediación judicial, si bien sin llegar a definir estas.

El art. 84.1º del Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo contempla la posibilidad de que el juez o tribunal pueda condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

Por último, el art. 87, *ter* 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial excluye la mediación en los procesos atribuidos a los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

Adicionalmente, disponemos de otros preceptos que permiten encuadrar en ellos los efectos que puede tener en el procedimiento penal el recurso a la mediación penal intrajudicial y la conclusión de este con acuerdo entre las partes:

- La apreciación de la atenuante genérica del art. 21.5º CP, referida a que el culpable haya reparado el daño ocasionado a la víctima o aminorado sus efectos en cualquier momento del procedimiento, antes del juicio oral.
- La apreciación de la atenuante analógica del art. 21.7ª CP respecto de los casos de confesiones tardías.
- La estimación de las atenuantes específicas para las personas jurídicas del art. 31 *quater* CP.
- La extinción de la responsabilidad penal por perdón del ofendido en aquellos tipos penales en



los que expresamente está prevista esta posibilidad.

- La regulación del principio de oportunidad en los arts. 963 y 964 LECrim para los delitos leves.

Como se evidencia de la anterior reseña de normas, la regulación actual es escasa y dispersa, campo abonado para interpretaciones dispares por parte de los juzgados y tribunales y en todo caso huérfana de cobertura integral referida a la mediación penal.

#### **IV. SUPUESTOS EN LOS QUE RESULTA RECOMENDABLE LA MEDIACIÓN PENAL INTRAJUDICIAL**

La normativa arriba referida establece un extenso ámbito de disputas que permite someter a mediación penal intrajudicial. El hecho de que únicamente resulten excluidos los procesos atribuidos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer explica por sí solo el enorme potencial y expectativas que la mediación penal intrajudicial es capaz de levantar. Lamentablemente, las estadísticas oficiales antes citadas no permiten concretar un porcentaje, siquiera razonable, de cumplimiento de tales expectativas.

El éxito de la mediación penal intrajudicial dependerá en gran medida de dos factores. Por un lado, de la promulgación de una normativa, principalmente procesal, que regule los cauces por los cuales debe discurrir el proceso mediador y fije los efectos de este en relación con el procedimiento penal. En segundo lugar, de la idoneidad de los conflictos que se elijan para su resolución por esta vía.

La Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial refiere con carácter orientador que las figuras delictivas concretas en las que la mediación es utilizada con mayor frecuencia son los delitos contra la vida y la integridad física (homicidio y lesiones); delitos contra la libertad (amenazas y coacciones); delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (agresiones y abusos sexuales); delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio (allanamiento de morada); delitos contra el honor (calumnias e injurias); delitos contra las relaciones familiares (delitos contra los deberes y derechos familiares, delito de abandono de familia); delitos contra el patrimonio (hurto, robo en todas sus modalidades, hurto de vehículo de motor, apropiación indebida, estafa, usurpación, defraudación, daños, relativos a la propiedad industrial e intelectual, delitos societarios); delitos contra el orden público (delito de atentado, resistencia y desobediencia).

Siguiendo a Virginia Domingo de la Fuente (6), la mediación se recomienda cuando:

- hay una relación que se perpetua en el tiempo y se quiere acabar con el problema, pero no con la relación;
- las partes quieren conservar el control sobre el resultado;
- las partes convienen que la disputa no favorece a nadie y ninguno desea entablar el litigio;
- existe una variada gama de soluciones;

- no existe un desequilibrio de poder desmesurado;
- se quiera resolver el conflicto de forma más rápida y sin excesivos costes.

Combinando estos parámetros generales con el catálogo de tipos penales contemplados en nuestra normativa sustantiva, puede alcanzarse como primera conclusión que la mediación penal puede desempeñar un papel propicio para la resolución del conflicto en aquellos delitos perseguibles solo a instancia de parte (7) o en aquellos delitos que incluyen el perdón del ofendido, como causa de extinción de la pena o de la responsabilidad penal.

---

**La determinación de la idoneidad del conflicto que puede ser sometido a mediación depende no tanto de la entidad de la infracción cometida sino del acierto en su selección desde el punto de vista del objeto así como de las características subjetivas de los intervinientes en el mismo, tanto víctimas como victimarios**

---

Como ejemplo de estas categorías delictuales, encontramos en el Código Penal los delitos relativos a prácticas consentidas de reproducción asistida en una mujer (art. 161 CP), delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 191 CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 201), delitos de calumnia e injuria (art. 215 CP), abandono de familia (art. 228), daños por imprudencia grave (art. 267CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 287 CP) y delitos societarios (art. 296 CP).

Otro criterio de referencia para determinar la idoneidad de la mediación penal podría venir sugerido por la calificación de los hechos como delito leve. En muchas ocasiones, bajo los hechos tipificados como delito leve subyacen problemas de relaciones personales continuadas de amistad/enemistad, familiares, laborales, vecinales, etc. que se han podido reiterar en el tiempo y que han resultado enquistados hasta que finalmente estallan en forma de denuncia ante la autoridad correspondiente.

En otros muchos casos, bajo los delitos leves subyacen infracciones patrimoniales de escasa entidad y respecto de las cuales puede resultar desproporcionada la puesta en marcha de la maquinaria punitiva del Estado pero que no deban dejarse sin resarcir a la víctima que ha padecido un perjuicio por pequeño que sea, situaciones a las que ya se dedican los arts. 963 y 964 LEC.

Ello no implica excluir la posibilidad de someter a mediación los asuntos por delitos más graves, dado que nuestras normas tampoco lo hacen, si bien en estos casos resulta especialmente relevante, la voluntad y compromiso de las partes en el proceso mediador y la tarea previa de información a víctima e infractor de la finalidad, posibilidades y efectos que en cada caso pueda ofrecer el proceso mediador (8) .

La conclusión respecto a este punto sería que la determinación de la idoneidad del conflicto que

puede ser sometido a mediación depende no tanto de la entidad de la infracción cometida sino del acierto en su selección desde el punto de vista del objeto así como de las características subjetivas de los intervinientes en el mismo, tanto víctimas como victimarios.

## V. EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL SOMETIMIENTO A PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL INTRAJUDICIAL

El sometimiento del asunto a mediación penal intrajudicial puede llevarse a cabo en la fase inicial del procedimiento, es decir durante la tramitación de las diligencias previas, como en la fase de enjuiciamiento o en la de ejecución de la resolución judicial que corresponda.

Sin embargo, los efectos que el proceso mediador tenga en el procedimiento judicial dependerán de la fase procesal alcanzada cuando el acuerdo derivado de la mediación tenga lugar.

En todo caso, dichos efectos serán establecidos por el órgano judicial previa ponderación de las circunstancias que se han dado en el caso, contenido del acuerdo y compromiso del infractor en su cumplimiento. Reiteramos en este punto que las consecuencias que el acuerdo mediador despliega sobre el procedimiento penal no dependen de la voluntad de víctima e infractor, sino de la resolución judicial que se dicte tras dicho acuerdo ya que el procedimiento deberá continuar hasta su fin por los cauces ordinarios legalmente establecidos y con el imprescindible control de legalidad ejercido por la autoridad judicial.

### 1. Fase inicial

Un primer efecto, en los casos en los que el acuerdo se alcanza en una fase inicial del procedimiento puede ser la renuncia del denunciante a la acción penal de manera que el Ministerio Fiscal considere que no existen suficientes indicios de criminalidad y no se oponga al sobreseimiento del proceso con lo que el procedimiento termina en este punto.

Otra alternativa se dará en los casos en los que, el Ministerio Fiscal entienda que sí concurren suficientes indicios para continuar con el procedimiento adelante. En este contexto, el acuerdo alcanzado en sede de mediación también podrá tener efectos positivos para el acusado, pudiéndose tener en cuenta en la calificación provisional formulada por el Ministerio Fiscal o ser puesto de manifiesto en el escrito de conclusiones provisionales presentado por la defensa, en ambos casos a los efectos de considerar una atenuante de reparación del daño que permita rebajar la solicitud de pena.

En el supuesto de los delitos leves patrimoniales, las ventajas de alcanzar un acuerdo de mediación pueden verse rápidamente concretadas en virtud de lo previsto en el art. 963.1.1ª, b) («*En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiera procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado*»). La consecuencia inmediata es que debe acordarse el sobreseimiento y archivo del procedimiento .

### 2. Fase de enjuiciamiento

En la fase de enjuiciamiento, el acuerdo de mediación puede tener efectos a través de la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el art. 25.1º del Código Penal. La aplicación de esta atenuante implicaría la imposición de la pena en la mitad inferior de la señalada para el delito de que se trate o incluso en el caso de ser calificada como muy calificada o de concurrir con otra atenuante puede conllevar que la pena a imponer pueda ser inferior en uno o dos grados a la prevista por el tipo penal en cuestión.

En determinados delitos, la aplicación de la atenuante de reparación del daño ya sea ordinaria o muy calificada, puede conllevar que la pena privativa de libertad a imponer quede por debajo de los dos años abriendo la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de la pena en los términos previstos en el art. 8º del Código Penal.

### 3. Fase de ejecución de sentencia de condena penal

Por último, en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria, está prevista la posibilidad de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de la mediación en virtud de lo previsto expresamente en el art. 84.1º del Código Penal.

## VI. MEDIACIÓN PENAL Y DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CARENCIAS NORMATIVAS

No cabe duda de que el desarrollo del proceso de mediación intrajudicial deberá conjugarse con las exigencias y garantías del proceso penal, entre ellas, con carácter fundamental, el derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2º CE y como expresión de este el derecho a no confesarse culpable.

El derecho a la presunción de inocencia conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso hasta que sea declarada su culpabilidad en sentencia firme mediante la correspondiente prueba de cargo.

Tal previsión fundamental implica la imposibilidad de someter a mediación aquellos procedimientos penales en los que el acusado niegue los hechos o su participación en los mismos. Por ello, el art. 15 EVD establece el reconocimiento previo de los hechos por el investigado, por supuesto efectuado de manera voluntaria, como requisito para someter un determinado asunto a mediación. Sin embargo, el reconocimiento de los hechos que el investigado puede realizar en el procedimiento puede tener muchos matices y diferente alcance puesto que no tiene por qué implicar necesariamente la asunción de las consecuencias jurídicas que se pretenden del mismo, por considerar que la conducta enjuiciada no es típica o por considerar que siéndolo, no le resulta reprochable al investigado.

La absoluta carencia de regulación a este respecto alcanza no solo al aspecto de cómo llevar a cabo dicho reconocimiento de hechos como requisito previo para participar en el programa de mediación, sino en cuanto al establecimiento de mecanismos procesales para evitar que la mera participación en la mediación, sin que se haya alcanzado acuerdo, sea utilizada como medio siquiera indiciario de

admisión de la autoría del hecho o de la culpabilidad.

Las graves consecuencias para el investigado que pueden derivarse de tal falta de previsión legal y la inseguridad jurídica que ello conlleva, pueden ser motivo de fundadas reticencias tanto de investigados como de sus Abogados para confiar en el carácter positivo y beneficioso del sometimiento de un asunto penal a mediación y explicar los más que discretos resultados de la mediación penal intrajudicial.

A este respecto, el art. 15.2º del Estatuto de la Víctima del Delito establece escuetamente la confidencialidad de los debates habidos en el seno del procedimiento de mediación, así como el deber de secreto de los mediadores y otros profesionales que participen en el proceso de mediación. Sin embargo, se echa en falta una previsión legal relativa a la absoluta imposibilidad de que las manifestaciones vertidas por las partes durante el desarrollo de la actividad mediadora que no cristaliza en acuerdo puedan ser trasladadas por estas al procedimiento penal y las consecuencias que implicaría hacerlo en contravención de la norma. Esta falta de previsión puede significar especial trascendencia negativa en lo relativo al uso incriminatorio de las manifestaciones vertidas en el proceso mediador por el investigado.

Pensemos, por ejemplo, en la víctima que, en su declaración como testigo en el juicio oral, y por tanto sometida a la obligación legal de decir verdad, se ve obligada a responder a un interrogatorio en el que vierte determinados datos incriminatorios del acusado de los que ha tenido conocimiento a través del procedimiento de mediación finalizado sin acuerdo.

Esta falta de previsión normativa resulta inexplicable, máxime si tenemos en cuenta que el Legislador si se preocupó de regular esta cuestión en la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Así, su art. 9 no solo extiende de manera expresa a las partes la obligación de confidencialidad sino que alcanza a la prohibición de revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento y a establecer de manera clara y taxativa que dicho deber de confidencialidad impide a las personas que participen en el procedimiento de mediación que estén obligadas a declarar o aportar documentación e información derivada de un procedimiento de mediación, salvo que sea solicitada en resolución motivada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

---

**Resulta imprescindible por tanto apostar por la mediación penal  
procurando una óptima regulación que permita integrarla de manera  
efectiva y eficaz en nuestro sistema penal de administración de justicia  
y como medio para alcanzar una justicia más moderna y de calidad**

---

El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020, al establecer la confidencialidad como uno de los principios a los que sujeta la Justicia Restaurativa establece ciertas

directrices en relación con esta cuestión que podrán resultar útiles en el caso de que salgan adelante. Se resumen en las siguientes:

- La negativa de las partes a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa o el abandono del ya iniciado no implicará consecuencia alguna en el proceso penal.
- Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga del procedimiento de justicia restaurativa. Las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes afectadas.
- El fiscal no tendrá conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado, en su caso, mediante remisión del acta de reparación.
- Concluido el proceso, los servicios de justicia restaurativa, emitirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada, acompañando en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado. Los informes no deben revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.

No cabe duda de que la delimitación de estas cuestiones al promulgar la normativa vigente en el momento actual hubiera aportado mayor seguridad jurídica en evitación de resoluciones dispares de los distintos juzgados y tribunales, así como contribuiría a eliminar dudas y reticencias que supongan un impedimento para generar una mayor confianza en la mediación penal intrajudicial.

## VII. CONCLUSIÓN

La ausencia de una regulación de la mediación penal intrajudicial integral e integrada en el proceso penal, conlleva que determinadas cuestiones se tengan que dejar al arbitrio de los Tribunales con el riesgo de generar una indeseable disparidad de criterios que pueden repercutir negativamente en los ciudadanos sometidos a la actuación de la Administración de Justicia y especialmente en el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo investigado.

Es un dato evidente que el uso de la mediación penal intrajudicial no ha alcanzado por el momento la aceptación que merece pese a su carácter beneficioso tanto para víctimas, investigados y sociedad en general.

Son notables las ventajas que puede reportar desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva proporcionando a los ciudadanos resoluciones judiciales que antepongan a la víctima y la alejen del plano secundario que ocupa actualmente en el proceso penal, aportando soluciones más satisfactorias y duraderas en el tiempo gracias a la participación de los directamente implicados en la toma de estas.

De la misma manera, su enorme potencial como herramienta de apoyo a la puesta en práctica del principio de intervención mínima y su contribución a disminuir la saturación de Juzgados y

Tribunales penales son innegables.

Sin embargo, el hecho de no disponer de una normativa que le dé cobertura integral contribuye a que se perpetúen las reticencias y desconfianzas que en la actualidad pueden subsistir en los operadores jurídicos que puedan tener contacto con la figura, que en definitiva serán los principales valedores y promotores de su uso.

Resulta imprescindible por tanto apostar por la mediación penal procurando una óptima regulación que permita integrarla de manera efectiva y eficaz en nuestro sistema penal de administración de justicia y como medio para alcanzar una justicia más moderna y de calidad.

- (1) Informe Mediación Intrajudicial. Años 2009-2021 (poderjudicial.es)

	2021			2020			2019		
	Derivados	Finalizados Con Acuerdos	Finalizados Sin Acuerdos	Derivados	Finalizados Con Acuerdos	Finalizados Sin Acuerdos	Derivados	Finalizados Con Acuerdos	Finalizados Sin Acuerdos
Andalucía	0	0	2	2	0	0	4	1	1
Aragón	0	0	0	0	0	0	21	2	21
Asturias	0	0	0	4	0	4	29	1	4
Illes Balears	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Cantabria	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Castilla	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Castilla y León	4	0	1	0	0	0	13	3	1
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Cataluña	67	3	32	44	4	36	77	8	28
Comunitat Valenciana	1	2	2	1	1	1	18	0	12
Extremadura	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Galicia	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Madrid	7	2	0	0	0	0	1	0	1
Murcia	0	0	0	1	1	2	4	1	5
Návara	2	1	1	0	0	0	0	0	0
País Vasco	18	1	0	18	0	0	12	0	26
La Rioja	0	0	0	0	0	0	2	0	1
<b>Total</b>	<b>94</b>	<b>9</b>	<b>71</b>	<b>76</b>	<b>11</b>	<b>43</b>	<b>215</b>	<b>25</b>	<b>134</b>

Ver Texto

- (2) Vid.. P. Caaveiro Ameneiro, «La mediación penal y la justicia restaurativa: un nuevo modelo de justicia », *Tribuna penal* 7 mayo 2021, p. 18: «Nuestro Código penal hace referencia a los procesos de medicación y sin embargo, no contiene una regulación específica de la institución e incluso el legislador ha sembrado con su pasividad cierta confusión en los operadores jurídicos contribuyendo con ello a la desconfianza en la utilización de esta nueva herramienta o metodología, puesto que la ausencia de homogeneidad y la falta de dotaciones presupuestarias para el desarrollo de la institución ha contribuido a esa falta de consenso en la profesionalidad de la institución».

Ver Texto

- (3) *Guía para la Práctica de la Mediación Penal Intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial. Ventajas de la Mediación frente al proceso judicial, p . 112 (poderjudicial.es)

Ver Texto

- (4) Este es el planteamiento del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 20 de noviembre de 2020, al establecer en el apartado XXV de su Exposición de Motivos lo siguiente: «Esta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la justicia restaurativa ha de concebirse como un instrumento al servicio de la

decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima».

[Ver Texto](#)

- (5) *Guía para la Práctica de la Mediación Penal Intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial. (poderjudicial .es)

[Ver Texto](#)

- (6) «Justicia Restaurativa y Mediación Penal», Virginia Domingo de la Fuente, p. 49, 00/2005/917

[Ver Texto](#)

- (7) El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 contempla esta posibilidad expresamente.

[Ver Texto](#)

- (8) A este respecto, me permito remitirme al mensaje que a través de un proceso de mediación transmite la película «Maixabel» dirigida recientemente por Icíar Bollaín.

[Ver Texto](#)



TEXTOS Y MATERIALES

**Medios alternativos de solución de los conflictos de convivencia en la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria 25 febrero 2022**



El BOE 25.2.2021 publicó la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria, que pretende establecer el marco adecuado para que los miembros de la comunidad universitaria, integrada por el estudiantado, personal docente e investigador y personal de administración y servicios, puedan llevar el ejercicio de estos derechos y libertades a su máxima expresión gracias a la creación y protección de unos entornos de convivencia fijados democráticamente por las propias universidades.

Ya desde el primer artículo de la ley se afirma la utilización preferente de las modalidades alternativas al sistema disciplinario para la resolución de los conflictos que alteren la convivencia o impidan el normal desarrollo de las funciones de docencia, investigación y transferencia del conocimiento.

[...]

**TÍTULO I**

**De los medios alternativos de solución de los conflictos de convivencia**

**Art. 5º. Medios alternativos de solución de los conflictos de convivencia.** Sin perjuicio del desarrollo que en el ámbito de sus competencias pudieran llevar a cabo las Comunidades Autónomas, las universidades desarrollarán en sus Normas de Convivencia medios alternativos de solución de los conflictos de la convivencia basados en la mediación, para ser aplicados antes y durante el procedimiento disciplinario. Los medios que se desarrollen se ajustarán, en todo caso, a los principios de voluntariedad, confidencialidad, equidad, imparcialidad, buena fe y respeto mutuo, prevención y prohibición de represalias, flexibilidad, claridad y transparencia.

Art. 6º. *Comisión de Convivencia*. Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por esta ley, las universidades crearán una Comisión de Convivencia, integrada de manera paritaria por representantes del estudiantado, del personal docente e investigador, y del personal de administración y servicios.

Las universidades, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán las disposiciones relativas a la organización y funcionamiento de dicha Comisión, así como en relación con el nombramiento e incompatibilidades de sus miembros y los motivos de abstención y recusación en los procedimientos en los que intervengan.

[...]

## Procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida (Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo)



EL BOE 17 marzo 2022 publicó la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida.

La disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, establece que será acreditada y notificada a la Comisión Europea una única entidad para la resolución alternativa de los litigios en que resulten de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo; que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea deberá acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la citada ley, a fin de que pueda ser acreditada como tal entidad de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo; y que, mediante orden ministerial, debe adoptarse el procedimiento de resolución alternativa de tales litigios, procedimiento que es de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas.

La presente Orden regula el procedimiento de resolución alternativa de los litigios sobre la aplicación los reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los derechos de los

usuarios del transporte aéreo, de conformidad con lo previsto en la citada disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Asimismo, se da cabida en el procedimiento a la resolución de litigios en línea regulados por el Reglamento (UE) n.º. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

En aplicación de lo previsto en el art. 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la posibilidad, contemplada en su art. 1.2º, de establecer reglamentariamente especialidades del procedimiento referidas, entre otros, a los plazos propios de concreto procedimiento por razón de la materia, en esta orden se contempla la suspensión del plazo para resolver durante la sustanciación de la audiencia y la prueba.

Esta orden, por último, resulta conforme con los principios de buena regulación establecidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La necesidad y eficacia de esta iniciativa se justifica en la propia disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, toda vez que el establecimiento de este procedimiento es el medio más eficaz para asegurar la efectiva protección de los derechos de los pasajeros del transporte aéreo y el cumplimiento de la normativa sectorial establecida al efecto.

En la orden se asegura el cumplimiento de los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y eficiencia, al limitarse a establecer, en coherencia con el régimen previsto en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, las singularidades del procedimiento exigibles para el efectivo cumplimiento de lo previsto en dicha norma, sin imponer cargas innecesarias a los interesados.

La orden, también responde al principio de transparencia no sólo porque, en coherencia con lo previsto en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, quedan definidos con claridad sus objetivos, sino también porque se ha garantizado la efectiva participación en su elaboración de los destinatarios de la norma. Así, en la tramitación de esta disposición además de la Información pública, se ha dado audiencia al Consejo de Consumidores y Usuarios, a las organizaciones de compañías aéreas y a los gestores aeroportuarios.

## **RECLAMACIÓN PREVIA ANTE LA COMPAÑÍA AÉREA O GESTOR AEROPORTUARIO (ART. 6)**

Con carácter previo a la iniciación del procedimiento alternativo de resolución de litigios previsto en esta orden, el pasajero deberá presentar una reclamación previa ante el responsable del incumplimiento que origina la reclamación, según se trate de la compañía aérea o del gestor aeroportuario, aportando la documentación que considere pertinente para hacer valer sus derechos que incluirá, en los casos de menores de edad, la acreditación de la custodia del menor, salvo que la reclamación previa la efectúe quien contrató el transporte para aquél.

El plazo para presentar la reclamación previa es de cinco años a contar desde el día en que se produjo el incidente que pudiera dar lugar a dicha reclamación.

En caso de que el pasajero presente su reclamación previa sobre el servicio de asistencia para personas con movilidad reducida (PMR) prestado por el gestor aeroportuario, ante la compañía aérea, ésta estará obligada a trasladarla al gestor aeroportuario en el plazo de diez días desde su presentación, informando al pasajero sobre dicho traslado. [...]

## PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO (ART. 7)

1. El procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos regulado en esta orden responde a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Asimismo, garantiza la igualdad y la contradicción de las partes en el procedimiento, lo que no obsta, para que la Agencia deba salvaguardar la confidencialidad de la información que tenga tal carácter, así como la protección del secreto profesional o empresarial.

2. Además, este procedimiento es:

- a) Gratuito para las partes, sin perjuicio de la asunción de los costes de las pruebas por la parte que las haya propuesto;
- b) Para los pasajeros, de aceptación voluntaria y resultado no vinculante;
- c) Para las compañías aéreas, de aceptación obligatoria y resultado vinculante, sin perjuicio de su derecho a impugnar la decisión de la Agencia ante el juzgado competente;
- d) Para los gestores aeroportuarios adheridos previamente, de aceptación obligatoria y resultado no vinculante, y para el resto de los gestores, de aceptación voluntaria y resultado no vinculante.

3. Las compañías aéreas, los gestores aeroportuarios y el resto de los sujetos previstos en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, están obligados a relacionarse con la Agencia a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite de este procedimiento.

## PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS

### Presentación de reclamaciones (art. 8)

1. Finalizado el trámite de la reclamación previa, los pasajeros podrán presentar sus reclamaciones ante la Agencia, en línea o no, a través del formulario que al efecto adopte la Agencia que tendrá el siguiente contenido mínimo:

- a) Nombre y apellidos del pasajero y, en su caso, de la persona que lo represente.
- b) Identificación del medio electrónico, o en su defecto, domicilio postal en el que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los pasajeros podrán aportar su dirección de correo electrónico o identificar un dispositivo electrónico, con el fin de que la Agencia les avise del envío o puesta a disposición de la notificación.

- c) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la reclamación, incluyendo la fecha y número del vuelo.
- d) Lugar y fecha.
- e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad, en ambos casos, por cualquiera de los sistemas de firma reconocidos por la normativa vigente.
- f) Cláusula sobre el consentimiento del pasajero a la consulta a las plataformas de intermediación de datos o sistemas habilitados al efecto, solicitando su aceptación.
- g) Cláusula sobre el consentimiento del pasajero del traslado de su reclamación al órgano que corresponda, ya sea la entidad de resolución alternativa de litigios notificada o al organismo responsable del cumplimiento de los reglamentos a que se refiere el art. 2.1, o a ambos, según proceda, para el supuesto de que la competencia para conocer de la reclamación correspondiera a otro Estado miembro.

2. Junto a la reclamación, el pasajero acompañará:

- a) En el caso de solicitudes presentadas en papel, y salvo los pasajeros con DNI o NIE español que consientan la consulta a las plataformas de intermediación de datos o sistemas habilitados al efecto, copia de alguno de los siguientes documentos acreditativos de su identidad:
  - 1. Documento nacional de identidad (DNI);
  - 2. Documento de identidad válido de un Estado miembro de la Unión Europea o Estado integrado en espacio Schengen;
  - 3. Tarjeta de identidad de extranjero (NIE);
  - 4. Permiso de residencia en algunos de los Estados integrados en el espacio Schengen;
  - 5. Carné de conducir expedido en España; o
  - 6. Pasaporte del pasajero o documento de viaje válido en vigor.
- b) Acreditación de la fecha de presentación y contenido de la reclamación previa ante la compañía aérea o gestor aeroportuario, así como, en su caso, de la respuesta a la misma.
- c) Acreditación de la contratación del servicio sobre cuya ejecución se reclama, entre otros, mediante presentación de copia del contrato de transporte, billete o tarjeta de embarque.
- d) Poder de representación o autorización, en su caso.
- e) Cualquier otra documentación que el pasajero considere pertinente.

3. Cuando se trate de litigios incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n.º. 524/2013,

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, se entenderá, en todo caso, que su transmisión entre la plataforma europea de resolución de litigios en línea y la Agencia satisface los requisitos de la reclamación previstos en este artículo, dando lugar al inicio del procedimiento sin formalidades adicionales.

### **Subsanación de la reclamación e inicio del cómputo del plazo del procedimiento (art. 9)**

1. Si la reclamación no reúne los requisitos previstos en el artículo anterior, se requerirá al pasajero para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su reclamación, previa decisión dictada al efecto.

El pasajero, en el plazo de un mes desde la fecha de recepción de la notificación de esta decisión podrá solicitar su revisión. La Agencia dispondrá de un plazo de un mes para resolver sobre la revisión solicitada, transcurrido el cual sin haber adoptado una decisión expresa sobre ella, deberá entenderse desestimada.

2. La Agencia comunicará a las partes la recepción de la solicitud y la documentación exigible, en su caso, tras la subsanación prevista en el ap. 1, indicando la fecha, a efectos de dejar constancia del inicio del cómputo de los plazos previstos en el art. 20 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

### **Inadmisión a trámite de la reclamación (art. 10)**

1. Será causa de inadmisión de la reclamación que:

- a) No se haya presentado la reclamación previa ante la compañía aérea o el gestor aeroportuario, o no se acredite haberlo intentado sin efecto por causa no imputable al pasajero. En todo caso, la reclamación habrá de ser admitida si hubiera transcurrido más de un mes desde la fecha en que el pasajero presentó la reclamación previa, sin que se le haya comunicado su resolución.
- b) Sea manifiestamente infundada o verse sobre materias no incluidas en el ámbito de aplicación previsto en el art. 2 de la Orden TMA/201/2022.
- c) Se hubiera resuelto o esté pendiente de resolución ante un órgano jurisdiccional o ante el sistema arbitral de consumo o el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, salvo que se haya acordado la suspensión del procedimiento judicial o arbitral a resultas del que se interesa sustanciar ante la Agencia.
- d) Se presente ante la Agencia transcurrido más de un año desde la fecha de presentación de la reclamación previa ante la compañía aérea o el gestor aeroportuario reclamados, o ante sus servicios de atención al cliente.

2. El órgano competente declarará la inadmisión de la reclamación, que deberá ser motivada y se notificará al pasajero en el plazo de veintiún días naturales desde su fecha de recepción por la Agencia. Esta decisión pone fin al procedimiento, sin perjuicio de su revisión.

3. La Agencia revisará su decisión a instancia del pasajero, cuando éste, en el plazo de un mes desde la notificación de la inadmisión, acredite que no concurren las causas que motivaron la inadmisión. El plazo para resolver sobre la revisión de la decisión de inadmisión es de un mes, transcurrido el cual sin que la Agencia haya procedido a resolver sobre ella, el pasajero podrá tenerla por desestimada.

4. Lo previsto en los aps. 2 y 3, se entiende sin perjuicio del derecho del pasajero a plantear nuevamente la reclamación, una vez subsanada la causa de inadmisión.

### **Traslado a las entidades de resolución alternativa de litigios notificadas por otros Estados miembros (art. 11)**

1. Si la competencia para conocer de la reclamación correspondiera a otro Estado miembro, la Agencia declarará su inadmisión y, si constara el consentimiento expreso del pasajero para ello, la trasladará a la entidad u organismo competente para resolverla, notificándoselo al pasajero afectado.

En caso de no constar el consentimiento del pasajero para el traslado de la reclamación, en el mismo acto en el que la Agencia declare la inadmisión, informará al pasajero de las entidades de resolución alternativa de litigios competentes en el correspondiente Estado miembro, así como de la posibilidad de presentar un formulario electrónico de reclamación a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

2. En el caso de que el Estado miembro que deba resolver la reclamación no hubiera notificado una única entidad de resolución alternativa de litigios para el transporte aéreo, la Agencia inadmitirá la reclamación conforme al art. 10.1.b), y en el mismo acto en el que declare la inadmisión, informará al pasajero conforme al párrafo segundo del apartado anterior, dando traslado según corresponda al organismo responsable del cumplimiento del reglamento cuyo incumplimiento se reclama.

### **Efectos de la presentación de la reclamación (art. 12)**

La presentación de la reclamación ante la Agencia suspenderá o interrumpirá los plazos de caducidad y de prescripción de acciones que resulten de aplicación, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

### **Representación, defensa y asesoramiento de las partes (art. 13)**

1. En este procedimiento extrajudicial de resolución de litigios no es necesario que las partes comparezcan asistidas por abogado o asesor jurídico, quedando obligadas, no obstante, a notificar a la Agencia su intención de valerse de dichos profesionales dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, en el caso del pasajero, o de su recepción, en el caso de la compañía aérea o el gestor aeroportuario.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las partes tienen derecho a acceder al procedimiento en cualquiera de sus fases pudiendo comparecer por sí mismas, representadas o asistidas por tercero, y solicitar, si así lo desean, asesoramiento independiente.



3. La representación en el procedimiento deberá acreditarse mediante cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.

### **Acumulación de procedimientos y otras medidas de simplificación (art. 14)**

1. Podrá acordarse, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de los procedimientos que guarden identidad sustancial o íntima conexión, entendiéndose que concurren tales circunstancias cuando las reclamaciones acumuladas traigan su causa de los mismos hechos. El acuerdo de acumulación no será revisable a instancia de las partes en el procedimiento.

2. En los procedimientos no acumulados que tengan su causa en los mismos hechos, la Agencia podrá incorporar al respectivo procedimiento las alegaciones y documentación presentada por la compañía aérea o gestor aeroportuario, según corresponda, en otros procedimientos, así como otras alegaciones o informes relevantes, todo ello a los efectos de determinar si concurren las circunstancias determinantes de la aplicación de los reglamentos de la Unión Europea.

### **Audiencia de las partes (art. 15)**

1. Salvo inadmisión de la reclamación, se dará audiencia a la compañía aérea o gestor aeroportuario reclamado, según corresponda, trasladándole la reclamación y documentación presentada por el pasajero y dándole un plazo de veinte días hábiles para que formule las alegaciones y proponga o presente las pruebas que considere pertinentes para hacer valer su derecho.

En los procedimientos no acumulados que tengan su causa en los mismos hechos, sin perjuicio del derecho del reclamado a formular cuantas alegaciones considere oportuno, la audiencia con la compañía aérea o gestor aeroportuario, según proceda, podrá referirse a otros aspectos distintos de aquellos a los que refiere dicho precepto, tales como la cuantificación de la reclamación concreta del usuario.

2. Transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin que la compañía aérea o, en su caso, el gestor aeroportuario reclamado haya formulado alegaciones, se le tendrá por decaído en el trámite, prosiguiéndose la tramitación del procedimiento. En este caso, al no constar en el procedimiento otros hechos que los alegados por el pasajero, podrá prescindirse de darle audiencia.

En el supuesto de que la compañía aérea o, en su caso el gestor, formulen alegaciones, se dará audiencia al pasajero por un plazo de diez días hábiles, poniendo a su disposición las pruebas o documentos que hubieran sido aportados, salvaguardada, en su caso, la información confidencial o protegida por el secreto profesional o empresarial, al objeto de que formule las alegaciones o presente los documentos que estime pertinentes, y proponga otros medios de prueba de los que intente valerse, teniéndole por decaído en el trámite si no lo hiciere en el plazo indicado.

3. Los trámites de audiencia a las partes, tendrán la consideración de elemento de juicio necesario para resolver el procedimiento y suspenderán, en todo caso, los plazos máximos para resolver.

### **Prueba (art. 16)**

La Agencia resolverá sobre la práctica de las pruebas propuestas por las partes, pudiendo acordar, de oficio, la práctica de las pruebas complementarias que considere imprescindibles para la solución de la controversia. El acuerdo de admisión y práctica de pruebas, de oficio o propuestas por las partes, no será revisable a instancia de las partes.

El trámite de prueba tendrá la consideración de elemento de juicio necesario para resolver el procedimiento y suspenderá en todo caso el plazo máximo para resolver.

### **Fin del procedimiento mediante decisión motivada (art. 17)**

1. Una vez practicadas las pruebas admitidas y, si fuera necesario para garantizar la igualdad y contradicción de las partes en el procedimiento, se dará una nueva audiencia simultánea a éstas por un plazo improrrogable de diez días hábiles. La audiencia simultánea suspenderá el plazo máximo para resolver.

2. El Director de la Agencia resolverá mediante decisión motivada, lo que proceda sobre el cumplimiento de los reglamentos de la Unión Europea que resulten aplicables y determinará las medidas que, conforme a dichos reglamentos, deben aplicarse en el asunto enjuiciado. El plazo para adoptar esta decisión motivada y notificarla, es de noventa días naturales contados desde la fecha en que se comunicó la recepción de la reclamación, conforme a lo previsto en el art. 9.2º. Orden TMA/201/2022

Se podrá prorrogar dicho plazo por el tiempo imprescindible para resolver cuando concurra especial complejidad en la controversia. Dicha prórroga, que deberá acordarse motivadamente y deberá comunicarse a las partes, no podrá ser superior al plazo de noventa días naturales previsto para la resolución. Este acuerdo no será revisable.

3. Transcurrido el plazo previsto en el apartado anterior sin que se haya notificado la decisión, se entenderá que la reclamación formulada por el pasajero ha sido desestimada.

### **Eficacia de la decisión (art. 18)**

1. La decisión del Director de la Agencia es vinculante para la compañía aérea que está obligada, en caso de estimación total o parcial de la reclamación, a darle cumplimiento y a remitir a la Agencia el justificante que lo acredite tan pronto como se produzca, indicando si ha impugnado la decisión ante el juzgado competente.

Si en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de esta decisión, la compañía aérea no la hubiera atendido, y con independencia de que ésta se haya impugnado, el pasajero podrá instar su ejecución mediante la presentación de una demanda ejecutiva ante el juzgado competente, a cuyo efecto podrá recabar de la Agencia la certificación de la decisión que, además del resto de los documentos previstos en el art. 550 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, deberá acompañar a la demanda como título ejecutivo en que ésta se funda.

2. La decisión del Director de la Agencia no es vinculante para el pasajero que, en todo caso, podrá

ejercer las acciones civiles que tenga frente a la compañía aérea.

3. La decisión motivada incluirá, según resulte pertinente, la información sobre su eficacia, conforme a lo previsto en los apartados anteriores, así como la relativa al derecho de la compañía aérea a impugnarla, el plazo para el ejercicio de la acción, y el derecho del pasajero a no comparecer en este procedimiento judicial.

4. El incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de la decisión constituye infracción en relación con la asistencia y compensación a los pasajeros, conforme a lo previsto en el art. 45 bis de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

El procedimiento sancionador que se inicie por infracción administrativa de las obligaciones establecidas en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, cuando los hechos que motivan su incoación constituyan antecedentes de la decisión adoptada, no se suspenderá por la impugnación de la decisión por la compañía aérea.

## Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que incluye un Título sobre «Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional» (22 abril 2022)



El Consejo de Ministros de 12 de abril de 2022 aprobó el Proyecto de Ley de eficiencia procesal que tiene como objetivo agilizar la actividad de la justicia en términos estructurales, facilitar la cohesión social y contribuir a un sistema de justicia más sostenible. Para ello, introdujo los medios adecuados de solución de controversias (MASC) y reforma las leyes procesales. Con posterioridad, la Mesa de la Cámara, en su reunión del 22 de abril de 2022 adoptó el acuerdo referido al Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, encomendando su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al art. 148 del Reglamento, a la Comisión de Justicia. Asimismo, publicar en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 11 de mayo de 2022.

### Texto

[...]

II

[...]

El Título I de la ley contiene un gran bloque de reformas, concretamente las que se refieren a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, como medida que, 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.

Dejando clara la indiscutible importancia constitucional del ejercicio de la potestad jurisdiccional por los Jueces y Tribunales, 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. En efecto, 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 pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil.

El servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. La elección del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción a los ciudadanos y ciudadanas. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos.

Con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de la abogacía que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores y procuradoras de los tribunales, las personas profesionales de la mediación, los graduados y graduadas sociales, los notarios y notarias y los registradores y registradoras de la propiedad, amén de otros muchos profesionales.

Especialmente se toma en consideración que el Código Deontológico de la Abogacía Española establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes. El propio Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, define el contenido de esta profesión como la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a dos objetivos que plasma en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

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

Siendo claro, como hemos dicho, que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, la Justicia no es únicamente la «administración de la justicia contenciosa». Es todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil. Los colegios profesionales cumplen de esta forma una función de servicio a la ciudadanía, albergando en el seno de sus instituciones mecanismos de solución de controversias, promoviendo y facilitando el diálogo social y, a la vez, fortaleciendo el importante papel que desempeñan en una sociedad democrática avanzada.

Se debe 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. Para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español 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, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley, nacieron con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible.

Desde la entrada en vigor de la ley, el 27 de julio de 2012, no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación. En este sentido son de destacar las apreciaciones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, de fecha 26 de agosto de 2016, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros.

Resulta también de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medidas utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basculan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendando a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

Así, la presente ley contiene todo un Título I dedicado a la regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, que comienza con unas disposiciones generales relativas a su concepto y caracterización y al ámbito de aplicación de los mismos, constituido por los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, quedando excluidas, por lo que al ámbito de aplicación de esta ley se refiere, las materias concursal y laboral, en cuya normativa reguladora ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades de aquellas materias; el proceso penal, en el que no rige el principio dispositivo, sin perjuicio del derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente; y los asuntos de cualquier

naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público, y ello a la espera de la futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado. En efecto, el interés general que subyace en la intervención de todas las entidades del Sector Público, así como el carácter público de la financiación que soporta su funcionamiento, la sumisión al estricto principio de legalidad por exigencia del art. 103 de la Constitución, y la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos administrativos determina la imposibilidad de que los medios adecuados de solución de controversias reciban un tratamiento legislativo asimilable al que se contiene en esta ley para los asuntos civiles y mercantiles.

No obstante, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aún por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable ni los que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin perjuicio de la posible aplicación de los medios adecuados de solución de controversias a los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 del Código Civil, con la correspondiente homologación judicial del acuerdo alcanzado.

Tampoco se exigirá actividad negociadora previa como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un procedimiento para la tutela judicial civil de derechos fundamentales; la adopción de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil; cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; cuando se pretenda la tutela sumaria de la tenencia o posesión o la resolución igualmente sumaria de demoliciones o derribos de obra en estado de ruina o que amenacen con causar daños; ni en determinados procedimientos de protección de menores. Por último, tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria.

Se regula también la asistencia letrada a las partes cuando acudan a uno de dichos medios, incluyendo las disposiciones necesarias para garantizar el principio de igualdad de armas, los efectos de la apertura del proceso de negociación y de su posible terminación sin acuerdo, las actuaciones negociadoras desarrolladas por medios telemáticos, los honorarios de los profesionales intervinientes, el principio esencial de confidencialidad común a todos los medios adecuados de solución de controversias, junto con las normas de tratamiento y protección de datos de carácter personal de las personas físicas y la manera de acreditar el intento de negociación a los fines de cumplir con el requisito correlativo de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil. No obstante, en el caso de actividades negociadas tipificadas en leyes sectoriales serán de aplicación los requisitos procedimentales establecidos en las mismas.

Del mismo modo, se contienen las disposiciones necesarias sobre la formalización del acuerdo entre las partes y su posible elevación a escritura pública u homologación judicial, según los casos, así como las normas pertinentes sobre la validez y eficacia del acuerdo.

Con independencia de la conciliación ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia prevista y regulada en los arts. 139 y sucesivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, las leyes de enjuiciamiento prevén la actividad conciliadora de los tribunales en diversos momentos del procedimiento, bien sea al inicio de las comparecencias y vistas, o en la audiencia previa al juicio tratándose del juicio ordinario en el orden civil. Esta actividad la puede realizar el propio juez o jueza, o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia, según las distintas disposiciones de las leyes rituarías, y a este fin se modifica el art. 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular la posible derivación de los asuntos a mediación, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias, por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia cuando se den las circunstancias allí contempladas. Los efectos del eventual acuerdo, una vez homologado, tienen la misma eficacia que la sentencia firme.

Conociendo dicha realidad, la presente ley enumera y regula entre los diferentes métodos de negociación previa a la vía jurisdiccional la conciliación privada, destacando los requisitos precisos para intervenir como conciliador y las funciones de la persona conciliadora.

También la oferta vinculante confidencial y la opinión de experto independiente, con las características, efectos y principios rectores de cada uno de estos dos medios adecuados de solución de controversias.

Al lado de estos nuevos mecanismos, se potencia la mediación como medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora, significando que la mediación continúa regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que se realizan las modificaciones puntuales necesarias.

Para la implantación de los medios adecuados de solución de controversias se modifica en lo preciso la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para permitir que queden cubiertos, obviamente cuando se reúnan los requisitos exigidos legalmente, los honorarios de las personas profesionales de la abogacía que hubieren asistido a las partes cuando acudir a dichos 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 judicial.

Se producen también las modificaciones necesarias en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recogen en el art. 18 del Título II junto a otras modificaciones por razón de agilización procesal, para poder incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales de los que se haya valido el consumidor o usuario aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición y tasación de costas del pleito los tribunales puedan valorar la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y el posible abuso del servicio público de Justicia, regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición y una vez que el deber de confidencialidad ha cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de la sentencia y se puede ya acreditar la formulación de una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados



de solución de controversias al que hubieran acudido, que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo. Del mismo modo, el abuso público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la Ley 1/2000, 7 de enero, de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía.

Así, si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concominantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia Como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada.

Todo ello sin perjuicio de que será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, y sus aspectos diferenciales con respecto a los ya indicados, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal.

Esta nueva ley modifica en lo necesario el art. 264 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, que será en los litigios que se sustancian ante el orden jurisdiccional civil con las exclusiones antes referidas; y al mismo fin el art. 399 en su ap. 3, sobre el contenido de la demanda, y el ap. 2 del art. 403 sobre su inadmisión si faltare el requisito de procedibilidad.

Asimismo, se introduce un nuevo ap. 5 en el art. 439 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece como requisito de procedibilidad en las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, una reclamación extrajudicial previa frente a las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional. En la disposición adicional sexta se

establece la regulación de dicha reclamación extrajudicial previa.

Del mismo modo, en los litigios en materia de consumo se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o ante la entidad que se cree en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera, ap. 1, de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Se modifican también los arts. 415, 429, 443 y 456 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, preceptos que regulan la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario y de la vista en el juicio verbal y las disposiciones generales del recurso de apelación, así como los arts. 565 y 776, para regular la posible derivación judicial a medios adecuados de solución de controversias cuando los procedimientos judiciales se encuentren en primera instancia, apelación o ejecución. Y también los arts. 722, 724 y 730 sobre las medidas cautelares en el caso de intento de medios adecuados de solución de controversias, arbitrajes y litigios extranjeros.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se modifica en distintos aspectos, entre otros, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, su conexión con el requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, los requisitos que han de cumplirse para ello, la armonización del requisito de confidencialidad con la regulación contenida en el título I para los restantes medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, la asistencia letrada, la sesión inicial, la sesión constitutiva y la derivación intrajudicial.

La implantación y fomento de los medios adecuados de solución de controversias exige también la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. De esta manera, se revisa la exención prevista en dicho Impuesto para las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, con la finalidad de que pueda resultar aplicable cuando, sin fijarse su cuantía legal ni judicialmente, la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante de los daños físicos o psíquicos en cumplimiento de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Igualmente, se revisa el régimen fiscal establecido para las anualidades por alimentos percibidas de los padres con el objeto de eliminar cualquier duda sobre la aplicación del mismo a las anualidades fijadas en los convenios reguladores a que se refiere el art. 90 del Código Civil formalizados ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, al tiempo que se recuerda que dicho convenio puede ser el resultado de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Por último, por razones de seguridad jurídica, se modifica la exención prevista para las indemnizaciones por despido o cese de los trabajadores y trabajadoras para eliminar cualquier duda interpretativa y confirmar expresamente a nivel legal que no derivan de un pacto, convenio o contrato, las indemnizaciones acordadas ante el servicio administrativo como paso previo al inicio de la vía judicial social.

Se modifican también los aps. 1 y 2 del art. 64, los aps. 1 y 2 del art. 65 y el art. 244 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, para ajustes técnicos sobre las excepciones del requisito del intento de conciliación o, en su caso de mediación, los efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa sobre la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad de acciones y la suspensión de la ejecución para derivación a los procedimientos de mediación que pudieran estar constituidos.

En consonancia con las competencias que dentro del sistema de medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional se otorgan a los Registradores y Registradoras, se modifica el art. 103 bis de la Ley Hipotecaria para que la certificación de la conciliación registral esté dotada de eficacia ejecutiva en los términos del art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se modifica este último precepto para incluir expresamente entre los títulos que llevan aparejada ejecución los acuerdos alcanzados por las partes también en cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias distintos de los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que igualmente hubieren sido elevados a escritura pública, y también para acomodar las menciones a las escrituras públicas y pólizas de contratos mercantiles a la nueva regulación de la Ley del Notariado.

[...]

## TÍTULO I

### Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional

#### CAPÍTULO I

##### *Disposiciones generales*

*Art. 1. Concepto y caracterización de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional.* 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.

*Art. 2. Ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias.* 1. Las disposiciones de este Título son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. A estos efectos tendrán la consideración de conflictos transfronterizos los definidos en el art. 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en este Título, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad

negociadora se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, de lo dispuesto en este Título las materias laboral, penal y concursal, así como 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.

*Art. 3. Principio de autonomía privada en el desarrollo de los medios adecuados de solución de controversias.* 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.

2. No obstante, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado.

En ningún caso podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el art. 87 2 y 3 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

*Art. 4. Requisito de procedibilidad.* 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.

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. 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.

2. No se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un procedimiento:

- a) Para la tutela judicial civil de derechos fundamentales;
- b) para la adopción de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil;

- c) en solicitud de autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil;
- d) de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute;
- e) en pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande;
- f) de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores ni de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

3. No será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria.

4. La iniciativa de acudir a los medios adecuados de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios.

Para el caso de que todas las partes plantearan acudir a un medio adecuado de solución de controversias y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente.

**Art. 5. Asistencia letrada.** 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 o letrada 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.

**Art. 6. Efectos de la apertura del proceso de negociación y de su terminación sin acuerdo.** 1. La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias, en la que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la parte requerida en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste al solicitante, o bien a través del medio de comunicación

electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito.

La interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso de negociación sin acuerdo.

2. En el caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad.

Si se hubieran acordado medidas cautelares, las partes deberán formular la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquéllas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida en caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta.

3. Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

*Art. 7. Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos.* 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación.

2. Cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

*Art. 8. Confidencialidad y protección de datos.* 1. 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.

2. En particular, las partes intervinientes y el tercero neutral no podrán declarar o aportar

documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje, excepto:

- a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad.
- b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el art. 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores.
- c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
- d) Cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona.

En consecuencia, y salvo dichas excepciones, si se pretendiese por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por los tribunales por aplicación de lo dispuesto en el art. 283.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

4. Los tratamientos de datos de carácter personal de las personas físicas se realizarán con estricta sujeción a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

*Art. 9. Acreditación del intento de negociación y terminación del proceso sin acuerdo.* 1. A los efectos de poder acreditar que se ha intentado una actividad negociadora previa y que se ha cumplido el requisito correlativo de procedibilidad, dicha actividad negociadora deberá ser recogida documentalmente.

2. Si no hubiera intervenido un tercero neutral, la acreditación podrá cumplirse mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia, y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales.

3. En el caso de que haya intervenido un tercero neutral gestionando la actividad negociadora, este deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar:

- a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece, o

registro en el que esté inscrito.

- b) La identidad de las partes.
- c) El objeto de la controversia.
- d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas.
- e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente.

En caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. Si quien no compareciese fuese la parte que promovió la actividad negociadora se consignará tal circunstancia.

4. Se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo:

- a) Si transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito.
- b) Si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo. No obstante lo anterior, las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo.
- c) Si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad.

Art. 10. *Honorarios de los profesionales que intervengan.* 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.

## CAPÍTULO II

### *De los efectos de la actividad negociadora*

Art. 11. *Formalización del acuerdo.* 1. En el documento que recoja el acuerdo se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad del tercero neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones de esta ley.



2. El acuerdo deberá firmarse por las partes o sus representantes y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene un tercero neutral éste entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación.

3. Las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública, siendo los gastos notariales sufragados según lo acordado por ellas. En defecto de acuerdo sobre la asunción de tales gastos, serán sufragados por la parte que solicite la elevación a escritura pública, sin perjuicio de la repercusión que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución en materia de costas, según lo establecido en los arts. 241.6º. y 539 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de derechos arancelarios que deben abonarse para conformar un título ejecutivo.

De no atender la parte requerida la solicitud de elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública, podrá otorgarse unilateralmente por la parte solicitante, debiendo hacerse la solicitud por medio del Notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él.

No será necesaria la presencia del tercero neutral en el acto de otorgamiento de la escritura.

4. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

5. Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

6. Cuando así lo exija la Ley o el acuerdo se hubiere alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación.

#### *Art. 12. Validez y eficacia del acuerdo.*

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.

### **CAPÍTULO III**

#### ***De las diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional***

Art. 13. *Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional con regulación especial.* 1. A los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4.1., las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas. En particular, las partes podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados.

2. La mediación se registrará por lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación. No obstante, a efectos de lo dispuesto en esta ley, la mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias con el que se podrá cumplir el requisito de procedibilidad al que se refiere el ap. 1 del art. 4.

3. La conciliación ante Notario se registrará por lo dispuesto en el capítulo VII del título VII de la Ley del Notariado, sin perjuicio de lo establecido en el art. 4.1.

4. La conciliación ante el Registrador se registrará por lo dispuesto en el título IV BIS de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo establecido en el art. 4.1.

5. La conciliación ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia se registrará por lo establecido en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Art. 14. *Conciliación privada.* 1. Toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le corresponden en defensa de un derecho que considere vulnerado, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negociadora tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar.

2. Para intervenir como conciliador se precisa:

- a) Estar inscrito como ejerciente en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, notariado, en el de registradores de la propiedad, así como en cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente; o bien estar inscrito como mediador en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas.
- b) Ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional.
- c) en el caso de que se trate de una sociedad profesional, deberá cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio.

3. El encargo profesional al conciliador puede realizarse por las dos partes de mutuo acuerdo o solo por una de ellas. En el encargo se ha de expresar sucintamente, pero con la necesaria claridad, el contenido de la discrepancia objeto de conciliación, así como la identidad y circunstancias de la otra

u otras partes. De la misma forma se procederá cuando sean las dos partes, de mutuo acuerdo, las que soliciten la intervención de la persona que hayan convenido para la realización de tal actividad. A efectos de comunicación entre el conciliador y las partes, se deberá indicar específicamente el teléfono, el correo electrónico a efectos de citaciones, así como, en su caso, el medio del que se dispone para la realización de los encuentros virtuales mediante videoconferencia.

4. La persona conciliadora debe aceptar de forma expresamente documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido. Estará sujeta a las responsabilidades que procedan por el ejercicio inadecuado de su función.

Art. 15. *Funciones de la persona conciliadora.* Las funciones de la persona conciliadora son, esencialmente:

- a) Realizar una sesión inicial informando a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la conciliación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar.
- b) Gestionar por sí misma, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen.
- c) Documentar un acta de inicio de la conciliación, firmada por todas las partes, delimitando las partes, el objeto de la controversia, los honorarios, si las partes van a comparecer por sí mismas o asistidas de letrado, letrada o representante legal y si, en su caso, el procedimiento culminará con un dictamen u opinión escrita no vinculante, con los efectos previstos en el art. 15 de esta Ley.
- d) Presidir las reuniones de las partes y dirigir todos los trámites del proceso de conciliación, bien sea personalmente o por medio de instrumentos telemáticos.
- e) Dar la palabra de forma ordenada y equitativa a cada una de las partes, pudiendo realizar las sesiones conjuntas o individuales que estime pertinentes.
- f) Valorar las pruebas documentales, testificales y periciales propuestas por las partes.
- g) Formular directamente a las partes posibles soluciones, e incluso proponer la posibilidad en cualquier momento de poder emitir una opinión escrita no vinculante e invitar a las partes a que formulen posibles propuestas de solución que construyan un eficaz acuerdo común.
- h) En el caso de que exista acuerdo total o parcial de las partes en el desarrollo del proceso de conciliación, requerir a los abogados de las partes, si estuviesen personados, para que supervisen el acuerdo.
- i) Elaborar un acta final en el que se recoja la propuesta sobre la que existe acuerdo total o parcial y firmar en su calidad de conciliador dicho acuerdo junto con las partes y sus abogados o

representantes legales si estuviesen personados.

- j) En caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación.
- k) Si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita.

*Art. 16. Oferta vinculante confidencial.* 1. Cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable.

La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación han de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido.

2. La oferta vinculante tendrá carácter confidencial en todo caso siéndole de aplicación lo dispuesto en el art. 8 de este Título.

3. En el caso de que la oferta vinculante sea rechazada, o no sea aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes o en cualquier otro plazo mayor establecido por la parte requirente, la oferta vinculante decaerá y la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que se ha cumplido el requisito de procedibilidad.

*Art. 17. Opinión de experto independiente.* 1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido.

2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el art. 8 de este Título.

3. Emitido el dictamen o la opinión no vinculante del experto, las partes dispondrán de un plazo de diez días hábiles desde su comunicación para hacer recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la opinión escrita propuesta por el experto.

4. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el art. 11 de este Título y tendrá los efectos previstos en su art. 12.

5. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha

intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

[...]

CRÓNICAS



## La acción de anulación contra los laudos de las Juntas Arbitrales de Transporte

The action for annulment against the awards of the Arbitration Boards of Transport

La presente crónica examina diversas decisiones procedentes de los Tribunales de Justicia en relación con la anulación de los laudos emanadas por las Juntas Arbitrales de Transportes.



Juan Gaitan

*Abogado*

La Ley de arbitraje (1) expresa en su art. 43 que «el laudo produce efectos de cosa juzgada» y que contra él solo cabe, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para la de sentencias firmes, la acción de nulidad.

*Limitación del control de la acción de nulidad.* Las SSTC 46/2020 y 17/2021 en relación al control del procedimiento arbitral, mantienen que se debe «garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas», de modo que «tal control tiene un *contenido muy limitado* y no permite una *revisión del fondo* de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una

segunda instancia».

En sentencias anteriores el Tribunal Constitucional (STC 174/1995, de 23 de noviembre) ya señaló que el posible control judicial derivado del art. 45 LA/1988 (hoy art. 41 la/2003) está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas.

Es consustancial al arbitraje la *mínima intervención de los órganos jurisdiccionales* por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, limitándose el control a la legalidad del acuerdo de arbitraje, a la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003— de la materia sobre la que ha versado, y a la regularidad del procedimiento de arbitraje (SSTS de 21 de febrero de 2006 y de 15 de septiembre de 2008; y SSTC 62/91, de 22 de marzo y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio, y 176/96 de 11 de noviembre) (2).

La acción de nulidad de los laudos de las JAT deberá limitarse a las causas que se relacionan en el art. 41 LA.

Dada el tenor taxativo del indicado precepto, resulta obvio, y así se ha venido entendiendo de forma unánime, que las causas o motivos de anulación del laudo que pueden alegarse en la acción judicial correspondiente *están fijados de una forma tasada, que no es susceptible de ampliarse* a causas o motivos no descritos de una forma precisa en el precepto legal. Esta limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 antes citado supone restringir la intervención judicial en este ámbito a cuestiones como determinar si en el procedimiento y en la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste último no existe o carece de validez, o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Se cita al efecto lo que afirma con claridad la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, al decir 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...» (3)

En relación a los distintos apartados del art. 41 LA sobre las causas en las que puede basarse la acción de anulación:

### **A) QUE EL CONVENIO ARBITRAL NO EXISTE O NO ES VÁLIDO.**

Debemos partir de que el principio de voluntariedad de sometimiento a las JAT es básico, dado que, una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo que se dicte es vinculante para ellas.

Pero la LOTT dispone una presunción de sometimiento a las JAT: "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" (art. 38.1º).

Aplicando esta presunción, si bien con lo que supone de ruptura del principio de voluntariedad de sometimiento a la JAT, las interpretaciones de los TSJ al resolver los recursos de nulidad contra los laudos son de pleno seguimiento a la citada presunción. Así la manifestación de no sometimiento a la JAT *debe ser anterior a la realización del transporte*. La Sentencia del TSJ de Cataluña, sede de Barcelona, de 27 de diciembre de 2021 (Cendoj: 08019310012021100054) se ampara en que no consta manifestación expresa alguna por parte de recurrente mostrando su voluntad contraria al arbitraje comunicada "antes del momento en que se inició o se hubiera tenido que iniciar la realización del transporte o actividad contratada", sino que la única declaración de voluntad en tal sentido debidamente acreditada es la llevada a cabo una vez ya iniciado el procedimiento arbitral y casi tres años después del porte.

La misma sentencia se refiere a un segundo requisito de la manifestación de voluntad contraria a la presunción cuando dice que "la única orden de transporte aportada a las actuaciones carece de fuerza vinculante al no haber sido suscrita por el operador de transporte, máxime cuando el laudo deja constancia de que las partes del contrato de transporte se comunicaban profusamente a través de correos electrónicos".

## **B) QUE NO HA SIDO DEBIDAMENTE NOTIFICADA DE LA DESIGNACIÓN DE UN ÁRBITRO O DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES O NO HA PODIDO, POR CUALQUIER OTRA RAZÓN, HACER VALER SUS DERECHOS.**

Se cita esta alegación en un caso de falta de notificación de la reclamación. La empresa reclamada y con el laudo contrario, solo ha recibido la notificación del laudo, no se le había notificado la reclamación al lugar correcto. Admitido que la notificación no se había hecho correctamente se estima el recurso "argumentación donde encuentra su fundamento el motivo alegado en la demanda de anulación que nos ocupa, al amparo del ya citado artículo 41.1. b) de la Ley de Arbitraje, si bien podría también haberse amparado en el apartado f), al sostener que el laudo impugnado se ha dictado prescindiendo del trámite preceptivo de audiencia a la entidad frente a la que se formuló la reclamación, habiendo omitido su debida citación al procedimiento" (4) .

La Sentencia 6/2014, de 23 de enero, del TSJ de Cataluña puso de relieve que "en relación con las irregularidades del proceso cabe proclamar con carácter general que no toda irregularidad procedimental puede dar lugar a la nulidad el procedimiento arbitral seguido sino únicamente aquellas que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad, audiencia o contradicción, incidiendo en efectiva indefensión".



En la Sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2021 (Cendoj: 08019310012021100052) se estima la demanda de nulidad por la "flagrante vulneración de los principios de audiencia y de contradicción". La parte reclamada había presentado documentación que por su volumen se dio traslado a la parte reclamante en el día de la vista, otorgando plazo para su análisis. La parte reclamante presenta escrito en el que no solo se analiza la documentación sino que se alegan cuestiones de fondo. El escrito no se dio traslado a la parte reclamada, quien directamente recibe el laudo sin que se le de opción al trámite de audiencia o conclusiones a la vista del escrito presentado.

### **C) QUE LOS ÁRBITROS HAN RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SOMETIDAS A SU DECISIÓN.**

La JAT se ampara en la falta de responsabilidad del transportista por daños a la mercancía durante la carga o descarga, art. 20 Ley del contrato de transporte — Ley 15/2009 —. Dicen la Sentencia del TSJ de Andalucía, sede de Granada, de 2 de diciembre de 2021 "Es claro que no correspondía al allí reclamante y aquí demandado probar quién asumió la responsabilidad por la descarga, pues en principio al transportista le basta con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 15/2009, siendo la otra parte la que, para atribuirle su responsabilidad, habría de probar que de manera inequívoca, con valor contractual, la empresa transportista asumió toda la responsabilidad en las operaciones de descarga, a lo que desde luego no puede equipararse que alguno de sus empleados ayudase en las mismas. Es significativo que en este procedimiento se haya propuesto por la demandante prueba testifical sobre lo sucedido en las operaciones de descarga, que no se propuso en el procedimiento arbitral, como si fuera esta Sala la que tuviera que dilucidar la cuestión de fondo (es decir, quién asumió la responsabilidad por la descarga). Debe reiterarse que el objeto del procedimiento de nulidad de laudo no coincide con el objeto de la controversia arbitral, como si de una segunda instancia se tratara. El objeto lo constituye la determinación de si el laudo incurre en alguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 41 LA.

### **D) QUE LOS ÁRBITROS HAN RESUELTO SOBRE CUESTIONES NO SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE.**

Nos planteamos si en la *JAT se puede ejercitar la acción directa* a Disposición adicional sexta, de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que le obliga a responder subsidiariamente por quien tiene la obligación de responder en forma directa.

El cargador no forma parte del contrato ente el operador y el transportista efectivo, por lo que cabe plantear si el transportista efectivo puede ejercitar la acción directa contra el cargador u operadores anteriores dado que no pueden haber hecho constar su sometimiento a la JAT, o si se quiere, que no se le ha dado opción para romper la presunción de sometimiento a la JAT.

En la Sentencia de 29 de septiembre de 2020 del TSJ de Extremadura (Cendoj: 10037310012020100030) se resuelve una acción de nulidad con reclamación en la JAT de la acción directa, no se cuestiona que la JAT no sea competente para el ejercicio de la acción directa, dice la sentencia 'En cuanto a la ausencia de legitimación pasiva del impugnante es una cuestión atiente al fondo de la relación material subyacente; se trata de si el cargador es responsable directo y

subsidiario del pago del porte caso de no hacerlo el contratista principal; la aplicación de las normas atinentes para la resolución de la controversia no corresponden a este Tribunal, ni pueden constituirse en causa de anulabilidad del laudo; si esto fuera así la Institución quedaría huérfana de contenido; en cualquier caso ya expresa el propia resolución que se impugna la razón de esta atribución de pago (artículo 37 de la Ley 15/2009); en un supuesto equivalente así también lo expresaba este Tribunal: STSJ, Civil sección 1 del 21 de mayo de 2019 (ROJ: STSJ EXT 557/2019 — ECLI:ES:TSJEXT:2019:557 "Y no puede afirmar la demandante que no era parte en el 'contrato de transporte' pues, aun cuando tal afirmación gane naturaleza en ámbito contractual, su responsabilidad lo es en base al incumplimiento de las obligaciones que del mismo derivaban y en méritos a la responsabilidad civil subsidiaria inserta en la Disposición adicional sexta, de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que le obliga a responder subsidiariamente por quien tiene la obligación de responder en forma directa; este régimen jurídico le era de obligado conocimiento y por ende de exigible aplicación. Ningún obstáculo legal le hubiera impedido que al suscribir el contrato hubiera reclamado la *inclusión de una cláusula de "no sometimiento a arbitraje" tanto en relación al contrato que suscribían como de los sucesivos y subordinados* que esta última pudiera suscribir con terceros, dada la responsabilidad civil subsidiaria a que hace referencia la Disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio. Al no hacerlo no puede alegar queja o protesta por el sometimiento que la norma (artículo 38.1 de la LOTT) le impone y, por ende, sujeción al arbitraje y no a la Jurisdicción ordinaria.

## E) QUE EL LAUDO ES CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO.

Consecuencia de ello es que la citada sentencia del STC 46/2020, en previsión de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales (art. 41.1º.f) LA) señala la necesidad de llevar a cabo una *interpretación restrictiva* del mismo.

*"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".*

Falta de capacidad y representación procesal de las partes. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de febrero de 2022 (Cendoj: 30030310012022100012). La reclamación en la JAT se presenta por una empresa declarada en concurso. "Cuando se inició el procedimiento arbitral, la mercantil estaba incurso en un procedimiento concursal, estando suspendidas las facultades de disposición y administración, sin que conste autorización de la administración concursal para iniciar el mismo. Cuando se celebra la vista oral y se dicta el laudo, el 1 de junio de 2021, dicha mercantil ya estaba extinguida e inscrito desde el 30 de marzo de 2020 en el registro mercantil de Valencia el auto de conclusión del procedimiento concursal de fecha 2 de marzo de 2020".

.....

(1)

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

[Ver Texto](#)

(2)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 3 de marzo de 2022 (Cendoj: 48020310012022100026). Se impugna por no ser impar el número de árbitros.

[Ver Texto](#)

(3) Sentencia del TSJ de Castilla León, sede de Burgos, de 23 de diciembre de 2021 (Cendoj: 09059310012021100103).

[Ver Texto](#)

(4) Sentencia del TSJ de Castilla León, sede de Burgos, de 23 de diciembre de 2021 (Cendoj: 09059310012021100103).

[Ver Texto](#)

## SENTENCIAS SELECCIONADAS



### Asunto PL Holding: el limitado alcance de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones derivado de un convenio arbitral *ad hoc* con el Derecho de la Unión.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20: PL Holdings

PL Holding case: the limited scope of the Court of Justice's decision on the compatibility of investment arbitration arising from an *ad hoc* arbitration agreement with Union law

El Tribunal de Justicia (TJ), mediante la sentencia dictada en el asunto *PL Holdings*, ha declarado que los arts. 4.3º TUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que posibilita continuar un procedimiento iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a ese convenio, recogida en un APPRI celebrado entre esos dos Estados miembros y que se considera nula por ser contraria al Derecho de la Unión. Este trabajo pretende mostrar el limitado alcance de esta sentencia, que impide cerrar el debate relativo a la compatibilidad del arbitraje de inversiones derivado de convenios arbitrales individuales celebrados entre un Estado miembro e inversores de otro Estado miembro.

Arbitraje de inversiones — convenio arbitral *ad hoc* — *PL Holdings* — Tribunal de Justicia (TJ).

The Court of Justice (CJ), through the ruling in the *PL Holdings* case, has declared that arts. 4.3º TEU and 344 TFEU must be interpreted as precluding national legislation which allows a Member State to conclude an *ad hoc* arbitration agreement with an investor from another Member State that makes it possible to continue arbitration proceedings initiated on the basis of an arbitration clause whose content is identical to that agreement, where that clause is contained in an Bilateral Investment Treaty (BIT) concluded between those two Member States and is invalid on the ground that it is contrary to EU Law. This paper aims to show the limited scope of this judgment, which prevents closing the debate on the compatibility of investment arbitration derived from individual arbitration agreements entered into between a Member State and investors from another Member State.

Investment arbitration — *ad hoc* arbitration agreement — *PL Holdings*; Court of Justice (CJ).



Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga

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

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. La sentencia del TJ en el asunto *PL Holdings* constituye la tercera entrega de una apasionante colección por fascículos sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones *intra-UE* con el Derecho de la Unión, inaugurada con el lanzamiento de la ya célebre sentencia *Achmea* y continuada con la sentencia en el asunto *República de Moldavia / Komstroy*. Mientras que en *Achmea* el TJ se pronunciaba sobre la compatibilidad de las disposiciones convencionales contenidas en los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados entre Estados miembros (APPRI *intra-UE*) que prevén la oferta estatal a favor del arbitraje (1), y en *Komstroy* el TJ centraba su análisis en la aplicación de la disposición sobre arreglo de diferencias entre inversores y Estados del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) a las disputas *intra-UE* (2), en esta última entrega, el TJ se refiere, aparentemente, a la compatibilidad del arbitraje de inversiones *intra-UE* derivado de un convenio arbitral *ad hoc* de carácter individual (3).

2. En la misma línea que los dos pronunciamientos anteriores, el TJ, en su sentencia de 26 de octubre de 2021, ha declarado que los arts. 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) «deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos» (4).

A pesar de los titulares que, lógicamente, puede estimular esta decisión (5), es evidente que lo declarado por el TJ no significa, necesariamente, afirmar la incompatibilidad, en general, de todo arbitraje de inversiones *intra-UE* derivado de un convenio arbitral carácter individual. Tratemos, pues, de analizar las razones que han conducido al TJ a esta conclusión y de averiguar el alcance preciso de este pronunciamiento. En cualquier caso, indudablemente, la decisión *PL Holdings* supone reducir espacio, si acaso todavía existe, al arbitraje de inversiones *intra-UE* en el marco del Derecho de la Unión.

## II. EL CONTEXTO Y CONTENIDO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

3. En el origen de la decisión del TJ en el asunto *PL Holdings* se encuentra un procedimiento arbitral, con sede en Estocolmo (Suecia), desarrollado en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio

de Estocolmo entre la empresa *PL Holdings* y la República de Polonia. La demandante *PL Holdings*, empresa constituida conforme a las leyes de Luxemburgo, reclamaba el pago de una indemnización por los daños ocasionados por la expropiación, sin mediar compensación, de su inversión, en el marco de la protección proporcionada por el APPRI celebrado entre Polonia, por una parte, y Bélgica y Luxemburgo, por otra.

---

Lo declarado por el TJ no significa, necesariamente, afirmar la incompatibilidad, en general, de todo arbitraje de inversiones intra-UE derivado de un convenio arbitral carácter individual

---

Según la cronología presentada ante el tribunal arbitral, el 1 de diciembre de 2010, *PL Holdings* habría pasado a ser propietario del 55% de las acciones de un banco polaco renombrado como *Polski Bank Przedsiębiorczości Spółka Akcyjna*. El 18 de julio de 2012, el demandante compraría el 45% de las acciones restantes de ese banco, convirtiéndose en su único accionista. En junio de 2013, el demandante adquirió una participación en un segundo banco polaco, el *FM Bank Spółka Akcyjna* y en julio de 2013 ambos bancos se fusionaron en una nueva entidad: *FM Bank PBP Spółka Akcyjna*. *PL Holdings* era accionista del 99,59% del nuevo banco. Al poco tiempo de la fusión, la *Komisja Nadzoru Finansowego* (Comisión de Supervisión Financiera, de Polonia) adoptó una serie de medidas, llegando a prohibir el ejercicio de los derechos de voto asociados a estas acciones y, finalmente, obligando a *PL Holdings* a vender sus acciones en *FM Bank PBP Spółka Akcyjna*. El 30 de abril de 2015, el demandante habría vendido sus acciones a *Porto Group Holdings Limited*.

En su laudo parcial, el tribunal arbitral consideró que Polonia había incumplido las obligaciones previstas en el art. 4.1º APPRI, debido a la expropiación llevada a cabo mediante restricciones en forma de suspensión de los derechos de voto y la venta forzosa de las acciones, y que, por tanto, el demandante tenía derecho a una compensación por las pérdidas sufridas (6), cuantía que fue finalmente fijada a través del laudo final tres meses después (7).

4. Frente a ambos laudos, Polonia interpuso ante los tribunales suecos una acción de anulación. El tribunal de apelaciones (*Svea hovrätt*), en contra de los argumentos presentados por Polonia, consideró que aun cuando la sentencia *Achmea* implicara la nulidad del art. 9 del APPRI de Polonia y Bélgica y Luxemburgo donde se prevé la opción del arbitraje inversor -Estado, dicha nulidad no impediría celebrar, en un momento posterior, un convenio arbitral *ad hoc* para resolver esa controversia, sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes (8). Así, el tribunal sueco consideró que, en virtud de la Ley sobre Arbitraje de Suecia, Polonia habría prestado su consentimiento tácitamente mediante su conducta, cuando *PL Holdings* presentó la solicitud de arbitraje en los mismos términos que el art. 9 del APPRI y Polonia no se opuso a dicha propuesta en la forma y tiempo exigidos por el Derecho interno. Asimismo, el tribunal de apelaciones señaló, por una parte, que las cuestiones que fueron sometidas al arbitraje eran arbitrables (9) y, por otra, que la impugnación de la cláusula arbitral del art. 9 del APPRI se había planteado fuera de tiempo y, por

ello, había precluido el derecho de impugnar su validez conforme al Derecho sueco (10) .

La decisión del tribunal de apelaciones fue objeto de recurso de casación por parte de la República de Polonia ante el Tribunal Supremo (*Högsta domstolen*). Será este tribunal quien remita la cuestión prejudicial al TJ, para que este último indique cómo ha de interpretarse el Derecho de la Unión en relación con los argumentos presentados por las partes. Dando por sentado que el art. 9 del APPRI es contrario al Derecho de la Unión, el Tribunal Supremo solicita al TJ que aclare si los arts. 267 y 344 del TFUE, tal y como han sido interpretados en la sentencia *Achmea*, «implican (...) que un convenio arbitral es inválido si ha sido celebrado entre un Estado miembro y un inversor —cuando en un acuerdo de inversión existe una cláusula arbitral que es inválida debido a que el acuerdo se ha celebrado entre dos Estados miembros— al no haber propuesto el Estado miembro, en ejercicio de su libre voluntad, una excepción de incompetencia después de que el inversor presentara su solicitud de arbitraje» (11) .

### III. PARA EMPEZAR, UNA ADVERTENCIA A LOS TRIBUNALES SUECOS: A PROPÓSITO DE LA EXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO ARBITRAL

5. Según el tribunal de apelaciones sueco, en su Derecho interno, la posibilidad de impugnar la validez del convenio arbitral en la fase de anulación depende de que dicha impugnación haya sido previamente planteada en el marco del procedimiento arbitral, a más tardar en la declaración de defensa. Esta circunstancia le condujo, en su decisión de 22 de febrero de 2019, a concluir que no cabía solicitar la anulación de los laudos objeto de litigio sobre la base de ese argumento (el de la inexistencia de un acuerdo arbitral válido) porque Polonia no había planteado a tiempo dicha objeción ante el tribunal arbitral. El tribunal de apelaciones alcanzó dicha conclusión a pesar de que: 1) La solicitud de arbitraje de *PL Holdings* se planteó, exclusivamente, sobre la base de la competencia prevista en el art. 9 APPRI; 2) Polonia, en su respuesta a la solicitud de arbitraje, mostraba su intención de impugnar la existencia de un consentimiento válido por su parte; 3) Posteriormente, en su escrito de contestación a la demanda, de 13 de noviembre de 2015, Polonia impugnó la competencia del tribunal arbitral, al señalar que *PL Holdings* no podía considerarse «inversor» de conformidad con el APPRI, y, por último; 4) el 27 de mayo de 2016, a los pocos días de que se hubiera remitido al TJ la cuestión prejudicial relativa al asunto *Achmea*, Polonia formuló una alegación adicional donde se cuestionaba la compatibilidad del art. 9 del APPRI con el ordenamiento jurídico de la Unión.

6. Si bien el tribunal de apelaciones alcanzó esta conclusión tras reconocer que la competencia del tribunal arbitral puede fundamentarse en el consentimiento tácito del Estado derivado de su conducta una vez que el demandante plantea la solicitud de arbitraje, el TJ ha aprovechado la ocasión para cuestionar la decisión del tribunal sueco sobre este punto y, de paso, marcar el camino al Tribunal Supremo sueco respecto de la decisión que le corresponda adoptar en el futuro. Tras reconocer la competencia del juez nacional respecto a la apreciación de los hechos, el TJ, de forma muy pertinente, en mi opinión, le insta a tener en cuenta las objeciones formuladas por Polonia durante el procedimiento arbitral (mencionadas en el párrafo anterior) para determinar si realmente ha existido la voluntad por parte de Polonia de celebrar, a pesar de la nulidad del arbitraje previsto

en el art. 9 del APPRI (el que fuera invocado, merece recordarlo, por *PL Holdings* para iniciar el procedimiento arbitral), un convenio arbitral *ad hoc* de idéntico contenido (12) . Porque tal y como acertadamente precisa el TJ se debe «deducir claramente la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*» entre *PL Holdings* y Polonia , y que «esta ha tenido la posibilidad de impugnar eficazmente la validez de tal convenio ante el tribunal arbitral» (13) .

Efectivamente, antes de valorar la existencia de una impugnación de la validez del convenio arbitral en sede arbitral, resulta lógico preguntarse sobre la existencia misma del convenio, que únicamente puede descansar en la voluntad clara de las partes, haya sido esta manifestada expresa o tácitamente. En este sentido, el contexto en el que se desarrolla el procedimiento arbitral resulta bastante particular y clarificador, habida cuenta de que se inició y desarrolló sobre la base del art. 9 APPRI y que Polonia recurrió a todos argumentos que consideró oportunos y viables para cuestionar la competencia del tribunal arbitral. Siendo esto así, ¿resulta creíble sostener que en el momento en el que se iniciaba el procedimiento arbitral Polonia (pero también el inversor) eran siquiera conscientes de estar celebrando un convenio arbitral *ad hoc* respecto de aquella diferencia? ¿ Es acaso lógico pensar que Polonia, al mismo tiempo que planteaba objeciones jurisdiccionales sobre la base del art. 9 APPRI, estaba prestando, voluntariamente, su consentimiento tácito a favor de la competencia de ese mismo tribunal arbitral? El hecho de considerar posible, desde un punto de vista teórico, la conclusión de un convenio *ad hoc* a favor del arbitraje ante la nulidad de la cláusula arbitral contenida en un APPRI *intra-UE*, no significa que en todo caso exista tal convenio. En el caso que ocupa al presente trabajo, en la línea que parece sugerir el TJ, no parece razonable deducir la existencia de una voluntad por ambas partes de celebrar un convenio arbitral *ad hoc*, más allá del consentimiento previsto en el art. 9 APPRI.

---

En realidad, la decisión del TJ se refiere al arbitraje de inversiones previsto en los APPRI *intra-UE*, y no tanto al arbitraje de inversiones derivado de acuerdos individuales celebrados entre el Estado y el inversor

---

En este sentido, si los tribunales suecos hubieran apreciado la ausencia de voluntad para celebrar un convenio arbitral *ad hoc*, la cuestión prejudicial carecería de utilidad, porque tal y como señala el TJ, el examen sobre la compatibilidad de un convenio arbitral *ad hoc* con el Derecho de la Unión, solo procede para el supuesto de que el tribunal remitente concluya que Polonia consintió de manera tácita en vincularse por tal convenio, cuyo contenido era idéntico al de la cláusula arbitral del art. 9 APPRI (14) .

#### IV. LAS CLAVES DE LA DECISIÓN DEL TJ EN EL ASUNTO PL HOLDINGS

7. Tras una primera lectura de la sentencia del TJ, uno puede tener la apariencia de estar ante un pronunciamiento sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones incoado sobre la base del



consentimiento prestado a través de convenios arbitrales *ad hoc* y , por tanto, una sentencia que viene a responder uno de los principales interrogantes todavía pendientes tras *Achmea* y *Komstroy*. Esta sensación, es más fuerte si uno viene de analizar previamente las conclusiones de la abogada general en este asunto y la decisión del tribunal de apelaciones sueco que conoció la solicitud de anulación. Sin embargo, tras un análisis más pausado, uno llega a descubrir que, en realidad, la decisión del TJ se refiere al arbitraje de inversiones previsto en los APPRI *intra-UE*, y no tanto al arbitraje de inversiones derivado de acuerdos individuales celebrados entre el Estado y el inversor . ¿Pero cómo y por qué uno llega a esta conclusión?

## 1. La vinculación entre el convenio arbitral *ad hoc* y la cláusula arbitral del APPRI

8. La maniobra clave del TJ ha consistido en reformular la pregunta prejudicial, para vincular el convenio arbitral *ad hoc* con la cláusula arbitral del APPRI y, de esta forma, dedicar su análisis a un supuesto muy específico, condicionado por circunstancias muy concretas. La decisión del tribunal de apelaciones de Suecia que resolvía la acción de anulación incoada por Polonia realizó un análisis de la validez del consentimiento arbitral prestado a través de convenios *ad hoc* adoptando una perspectiva amplia, desvinculada de la cláusula arbitral del art. 9 del APPRI (15) . El Tribunal Superior sueco, en la misma línea, planteaba la pregunta prejudicial en términos abiertos —aunque en el contexto de la existencia de una cláusula arbitral contenida en el APPRI que debía considerarse nula —, que permitía, incluso invitaba, a pronunciarse, en general, sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones *intra-UE* derivado de acuerdos particulares entre un Estado miembro e inversores de otros Estados miembros, en contraposición a las cláusulas arbitrales que son resultado del acuerdo entre dos Estados miembros. La propia abogada general adoptó esta misma perspectiva amplia, al dirigir su análisis a averiguar si las apreciaciones efectuadas en la decisión *Achmea* también se oponen a un «convenio arbitral individual» (16) .

No obstante, el TJ, bajo el pretexto de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita resolver la controversia que está conociendo, y tomando en consideración las circunstancias que envuelven el caso, decidió reformular la pregunta planteada por el Tribunal Supremo de Suecia (17) . El TJ entiende que lo que el tribunal sueco le pregunta «en esencia» es «si los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos» (18) . Resulta bastante evidente que la perspectiva adoptada por el TJ limita el espectro de los convenios arbitrales *ad hoc* sobre los que se manifestará, que serán aquellos directamente vinculados a cláusulas arbitrales contenidas en APPRIs *intra-UE*. Así, la pregunta, así formulada, se refiere a convenios arbitrales individuales que, por una parte, den *continuidad* a procedimientos iniciados sobre la base de cláusulas arbitrales previstas en APPRIs *intra-UE* (que se consideran nulas ) y, por otra, tengan un *contenido idéntico* a estas cláusulas.

## 2. La jurisprudencia previa del TJUE se refiere al arbitraje de inversiones derivado de tratados internacionales celebrados entre Estados miembros

9. Como punto de partida del análisis que debe realizar, el TJ recuerda lo declarado en su jurisprudencia anterior, señaladamente en la sentencia *Achmea*. En este sentido, si bien es cierto que el TJ ha extendido *de facto* las conclusiones alcanzadas en esa decisión, que se refería al art. 8 APPRI que vinculaba a los Países Bajos y Eslovaquia, a todas las disposiciones relativas al arbitraje de inversiones recogidas en los APPRI *intra-UE*, también lo es que el TJ parece descartar extender automáticamente estas mismas conclusiones a los acuerdos individuales que puedan alcanzar los Estados miembros con inversores de otros Estados miembros.

Así, el TJ recuerda que lo que había declarado en su decisión en el asunto *Achmea* supone que los arts. 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a «una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros» que incorpora una oferta arbitral que permite al inversor de uno de esos Estados acudir a arbitraje contra el otro Estado cuando surja una controversia en el marco de ese tratado (19). Ello es así, porque mediante la celebración de estos tratados los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales las controversias que pueden referirse a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, impidiendo, de esta forma, garantizar la plena eficacia de ese Derecho en el marco de ese litigio (20).

10. Teniendo en cuenta lo anterior, el TJ considera que el art. 9 APPRI celebrado entre Polonia, por una parte, y Bélgica y Luxemburgo, por otra, es incompatible con el Derecho de la Unión. El art. 9 APPRI permitiría someter a arbitraje litigios que se refieren a la interpretación o aplicación del Derecho de la UE y, por tanto, podría poner en peligro el principio de confianza mutua entre los Estados miembros y la preservación del carácter propio del Derecho de la Unión, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial del art. 267 TFUE. En opinión del TJ, el art. 9 APPRI, es incompatible con el art. 4.º TUE (principio de cooperación leal) y el art. 344 TFUE (que consagra, junto a otras disposiciones, la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión) (21).

### 3. Cuando la razón de ser de los convenios arbitrales individuales es la elusión de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión

11. Declarada la nulidad del art. 9 APPRI, el TJ plantea la cuestión de la compatibilidad de los convenios arbitrales *ad hoc* en los siguientes términos: «Pues bien, permitir que un Estado miembro que es parte en un litigio que puede referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión someta ese litigio a un organismo de arbitraje con las mismas características que el previsto por una cláusula arbitral nula recogida en un acuerdo internacional (...), mediante la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* del mismo contenido que dicha cláusula, supondría en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, y de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, tal como fueron interpretados en la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea* (...)» (22).

Por tanto, el convenio arbitral *ad hoc* no puede ser la fórmula para eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Derecho de la Unión, que exigen no dar efecto a las cláusulas arbitrales derivadas de los APPRI *intra-UE*, que se consideran nulas. En este caso, tal y como señala el TJ «(l)a razón de ser de este convenio sería precisamente sustituir a la cláusula arbitral que se recoge

en una disposición como el artículo 9 del TBI para mantener los efectos de esta pese a su nulidad» (23). En su opinión, la posibilidad de que cada solicitud de arbitraje por parte del inversor sobre la base de la disposición del APPRI sea considerada, a su vez, como una oferta de arbitraje dirigida al Estado que este puede aceptar por el simple hecho de no impugnar la competencia del órgano arbitral derivado de ese convenio arbitral *ad hoc*, tendría como consecuencia «mantener los efectos del compromiso» adoptado en el APPRI en vulneración del Derecho de la Unión (24).

El TJ precisa, además, que la sentencia *Achmea*, los principios de primacía del Derecho de la Unión y de cooperación leal y el art. 7.b) del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros de la Unión Europea (25) requieren de los Estados miembros que estos, cuando estén ante un procedimiento arbitral que ha sido iniciado conforme a un compromiso contrario al Derecho de la Unión, impugnen ante los órganos arbitrales o jurisdiccionales pertinentes la validez de la cláusula arbitral derivada del APPRI o del convenio arbitral *ad hoc* de idéntico contenido celebrado con arreglo al Derecho nacional (26). En esta situación se debe entender que «cualquier intento por parte de un Estado miembro de subsanar la nulidad de una cláusula arbitral» a través de un convenio arbitral *ad hoc*, vulneraría «la obligación del Estado miembro de impugnar la validez de la cláusula arbitral y podría viciar de ilegalidad la causa misma de dicho convenio» (27).

Por todo ello, el TJ responde a la cuestión prejudicial afirmando que los arts. 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que «se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos» (28).

12. Estos últimos párrafos, así como la respuesta final del Tribunal a la cuestión prejudicial, ponen de manifiesto que la argumentación del TJ se ha construido a partir de la siguiente premisa, que limita considerablemente el alcance de su decisión más allá del caso concreto: la existencia de una relación o vinculación sustancial entre el compromiso arbitral previsto en el APPRI y el convenio arbitral *ad hoc* alcanzado en virtud del Derecho interno. Así, el TJ se refiere a un convenio arbitral *ad hoc* cuya «razón de ser» es la «sustitución» de una cláusula arbitral nula; que tiene un contenido «idéntico» a aquella; que permite «continuar» un procedimiento iniciado conforme al APPRI; que, por tanto, sirve para «mantener los efectos» de una cláusula que vulnera el Derecho de la Unión, y; que puede ser percibido como «un intento de subsanar» la nulidad de aquella cláusula.

En definitiva, el TJ, en todo momento, analiza la compatibilidad de los convenios arbitrales *ad hoc* celebrados conforme al Derecho interno vinculándolos al arbitraje iniciado sobre la base del compromiso recogido en un APPRI *intra-UE*. El TJ parece dejar claro que estos convenios *ad hoc* no serán admisibles cuando constituyan meros instrumentos mediante los que los Estados miembros pretendan eludir las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula arbitral. Pero de este pronunciamiento resulta difícil deducir que el TJ haya declarado que el Derecho de la UE se opone, en general, a los convenios arbitrales individuales que puedan celebrar los Estados miembros con inversores de otros Estados miembros, especialmente si estos se han acordado al margen y

desconectados de la aplicación de cualquier APPRI *intra-UE*. De esta misma opinión parece ser el propio TJ cuando limita el alcance de su decisión «a los convenios arbitrales *ad hoc* celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal» (29).

#### 4. Un silencio revelador

13. Realmente, si había algo que se esperaba de esta tercera entrega de la colección de decisiones del TJ sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones *intra-UE*, era que esta desarrollara y profundizara en los argumentos que sirven para diferenciar al arbitraje de inversiones que contraviene el Derecho de la Unión, del arbitraje comercial (y de inversiones, en su caso) que resulta compatible con el mismo.

14. El TJ, en su decisión en el asunto *Achmea*, se vio en la necesidad de justificar por qué en el arbitraje inversor-Estado derivado de un APPRI *intra-UE* no resultaba aceptable el estándar de control de los laudos exigido por el propio Tribunal al arbitraje comercial. En aquel caso, el TJ apreció que el Derecho alemán solo permitía un control limitado de las decisiones dictadas por los tribunales arbitrales constituidos sobre la base de las disposiciones del APPRI en cuestión; ello, a su modo de ver, impedía garantizar la plena eficacia del ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, resultaba insuficiente para salvar su compatibilidad (30). Sin embargo, respecto al arbitraje comercial, el TJ había desarrollado una jurisprudencia que, para salvaguardar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, consideraba suficiente un control limitado de los laudos «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» (31), bien sea en el marco de una acción de anulación o de un procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.

En opinión del TJ, ese control de alcance limitado en el arbitraje comercial se justifica por «exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral» (32). Sin embargo, según el TJ este argumento no puede ser extrapolado al arbitraje de inversiones, porque mientras que el arbitraje comercial «tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes», el arbitraje inversor-Estado «resulta de un tratado mediante el cual 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, apartado 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» (33).

Sin embargo, este razonamiento del TJ, además de no ser excesivamente convincente (34), dejaba abiertas algunas cuestiones (35), entre ellas la siguiente: ¿Cómo debían tratarse los arbitrajes de inversión que tuvieran su origen en un convenio arbitral individual celebrado entre un Estado miembro y el inversor de otro Estado miembro? ¿Se trata de un arbitraje que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, sometido a la lógica del arbitraje comercial o, dado que una de las partes es un Estado miembro sujeto a las obligaciones derivadas de los arts. 4.3º TUE y 344 TFUE, el carácter individual del convenio arbitral carece de relevancia?

15. A la vista de que la abogada general del asunto *PL Holdings* dedicaba gran parte de sus

conclusiones a analizar la jurisprudencia sobre el arbitraje comercial (36), todo parecía anunciar que el TJ, con el asunto *PL Holdings*, al fin, iba a entrar a desarrollar y a precisar la naturaleza del arbitraje de inversiones que deriva de un convenio arbitral individual, cuando llegó la sorpresa: el TJ ni siquiera ha llegado a mencionar la cuestión. El TJ, tras la reformulación de la cuestión prejudicial, no se ha visto en la necesidad de tratar la compatibilidad del arbitraje derivado de los convenios arbitrales individuales, en general, desligado de la validez de la cláusula arbitral que tiene su origen en el APPRI *intra-UE*. En este sentido, el TJ ha esquivado hábilmente entrar a decidir sobre una cuestión francamente compleja, que suponía trazar las fronteras que separan al arbitraje que permite un control limitado del Derecho de la Unión y el arbitraje que exige un control que garantice la plena eficacia de este Derecho.

16. La sentencia de *Achmea* aportó un criterio general que a la postre ha demostrado no ser suficientemente preciso para resolver la cuestión. Constituyen una clara muestra de ello las divergencias que se han manifestado, posteriormente, entre las conclusiones de los abogados generales en los asuntos *Komstroy* y *PL Holdings*.

---

La presente sentencia está llamado a tener un alcance muy limitado, habida cuenta de que difícilmente se puede sostener que la misma haya aportado elementos que sirvan para resolver el problema, general, de la compatibilidad de los convenios arbitrales individuales celebrados entre un Estado miembro y el inversor de otro Estado miembro con el Derecho de la Unión

---

En el caso *República de Moldavia / Komstroy*, el abogado general M. Szpunar, partiendo de la diferenciación entre el mecanismo de solución de diferencias previsto en un convenio entre dos Estados miembros y el arbitraje comercial, intentó aportar mayor precisión a los criterios señalados en *Achmea*. Así, el hecho de que el arbitraje comercial presuponga el ejercicio de la voluntad de las partes, en su opinión, «implica la celebración de un convenio arbitral, bien en el momento de la celebración del contrato que prevé que las controversias que se deriven de él se someterán a arbitraje, bien una vez surgida la controversia»; es decir, la competencia del tribunal arbitral en el arbitraje comercial derivaría «siempre de un convenio arbitral relativo a un litigio definido de modo preciso en él» (37). Por el contrario, para M. Szpunar, el mecanismo arbitral previsto en un APPRI responde a una lógica distinta porque, en este caso, este mecanismo «constituye una oferta de arbitraje general y permanente», que será o no aceptada por el inversor, lo que supone la renuncia por parte del Estado a que la controversia en cuestión sea resuelta por los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro (38). Para el abogado general, es el carácter sistémico de la renuncia el aspecto determinante que diferencia ambos mecanismos, en la medida en que supone crear un mecanismo de protección jurisdiccional ajeno a los órganos jurisdiccionales nacionales (39).

«Esta opinión no me convence», han sido las palabras de la abogada general, J. Kokott, respecto a las conclusiones de M. Szpunar (40). La abogada general J. Kokott ha considerado que un convenio arbitral individual puede, al igual que un tratado internacional, sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión una controversia relativa a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión (41). En este sentido, el carácter *ad hoc* o individual no tendría mayor relevancia.

J. Kokott reconoce que del criterio establecido en *Achmea* relativo al origen del procedimiento arbitral (la autonomía de la voluntad de la partes frente al tratado celebrado entre dos Estados miembros), así como de la interpretación hecha por el abogado general M. Szpunar, podría deducirse la admisibilidad del arbitraje basado en un convenio arbitral individual celebrado entre un inversor y un Estado miembro, habida cuenta de que esta tendría su origen en la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, J. Kokott se pregunta cuál puede ser la razón que justifique que los Estados miembros puedan en un caso concreto sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Derecho de la UE, y no lo puedan hacer mediante una obligación general, como la prevista en un tratado (42). En su opinión, en esta situación, a los riesgos que afectan a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión se sumaría el riesgo de un trato desigual a los diferentes inversores (43). Dicho lo cual, la abogada general, aporta nuevos elementos para precisar y definir el sentido exacto de la sentencia *Achmea*. A su modo de entender, con el argumento de la autonomía de la voluntad de las partes el TJ se había referido «expresa y exclusivamente al arbitraje comercial», es decir, «a controversias entre partes en posición de igualdad». Ello supone que en estos litigios, «no solo el convenio arbitral, sino la propia relación jurídica en cuestión, ya se fundamenta en la libre voluntad de las partes» (44). En este sentido, señala que el asunto del procedimiento principal en *PL Holdings* no es una diferencia comercial entre partes que se encuentran en posición de igualdad, «sino que se refiere al ejercicio de competencias de soberanía por parte de las autoridades polacas» (45), para luego afirmar que «los Estados miembros no deben sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión los litigios relativos a la aplicación *soberana* del Derecho de la Unión» (46). Por su parte, la abogada general considera que los arts. 4.3º TUE y 344 TFUE establecen obligaciones para los Estados miembros, lo que impide aplicarlos a los particulares que someten libremente sus diferencias al arbitraje comercial; por ello, a pesar del riesgo que pueda suponer para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, considera «lógico permitir el arbitraje en las controversias entre particulares» (47). En definitiva, las conclusiones de la abogada general introducen el criterio del Estado soberano, el del Estado que actúa *iure imperii* y que convierte la relación entre el inversor y el Estado en una relación entre partes que no se encuentran en situación de igualdad y, por tanto, sujeta a una lógica distinta a la «comercial». Así, este enfoque centra más su atención en la naturaleza de las medidas que se someten a arbitraje (si son de naturaleza contractual o si son resultado del ejercicio de facultades soberanas) que en el origen del acuerdo arbitral, tal y como parece señalar la abogada general cuando afirma que no es compatible con la vocación de vigencia del Derecho de la Unión que los Estados miembros celebren convenios arbitrales individuales con inversores «sobre medidas soberanas de aplicación del Derecho de la Unión» que supongan el riesgo de que el laudo vulnere el ordenamiento jurídico de la UE (48).

No cabe duda que las conclusiones de la abogada general J. Kokott podrían servir para reducir el

grado de incertidumbre que había generado *Achmea*. No obstante, por una parte, en estos momentos no es posible saber si esta interpretación es compartida por el TJ y, por otra, todavía quedaría la duda de la compatibilidad del arbitraje inversor-Estado cuando el procedimiento arbitral se refiriese a una controversia donde el Estado actuase desprovisto de imperio, como un mero particular, pero donde se planteasen cuestiones relacionadas con la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

## V. CONCLUSIONES

17. Del análisis efectuado se extrae una conclusión principal: la sentencia del TJ en el asunto *PL Holdings* está llamado a tener un alcance muy limitado, habida cuenta de que difícilmente se puede sostener que la misma haya aportado elementos que sirvan para resolver el problema, general, de la compatibilidad de los convenios arbitrales individuales celebrados entre un Estado miembro y el inversor de otro Estado miembro con el Derecho de la Unión. En este sentido, no resuelve si resulta o no de aplicación su jurisprudencia relativa al arbitraje comercial al arbitraje de inversiones iniciado sobre la base de acuerdos arbitrales que son resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Tras la reformulación de la cuestión prejudicial, el TJ ha limitado su análisis a los convenios arbitrales *ad hoc* que actúan como meros instrumentos para la elusión de las obligaciones que derivan para los Estados miembros del Derecho de la Unión, como consecuencia de la nulidad de las cláusulas arbitrales que tienen su origen en las disposiciones de los APPRI *intra-UE*. De alguna forma, el TJ lo que rechaza es una práctica que se asemeja mucho al concepto de «fraude de ley», es decir, que el Estado miembro se valga de las disposiciones de su Derecho interno (la norma que permite el convenio arbitral *ad hoc* de idéntico contenido a la cláusula derivada del APPRI *intra-UE*) para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él (mantener los efectos de una cláusula arbitral nula conforme al Derecho de la Unión). Dicho lo cual, uno podría concluir, con cierto ánimo provocador, que el TJ en el asunto *PL Holdings*, realmente, no se ha referido a la compatibilidad del arbitraje derivado de un convenio individual, sino del arbitraje de inversiones regulado en los APPRI *intra-UE*, en la medida en que, en esencia, su pronunciamiento viene a señalar que no está permitido que los Estados miembros den efecto a las disposiciones del APPRI tras el disfraz de un convenio arbitral *ad hoc* que, en su caso, podría estar permitido en el marco de la leyes nacionales.

18. En definitiva, después de la sentencia *PL Holdings*, la mayoría de los interrogantes siguen sin respuesta. Más allá de los convenios arbitrales *ad hoc* «celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal» ¿permite el Derecho de la Unión a los Estados miembros celebrar con inversores de otros Estados miembros convenios arbitrales individuales? Dicho de otro modo, ¿es posible la celebración de estos convenios en situaciones desligadas o desvinculadas a la aplicación de una cláusula arbitral de origen convencional declarada nula? En estos casos, ¿Resultaría aplicable la jurisprudencia del TJUE sobre arbitraje comercial al arbitraje inversor-Estado? Y en este sentido, ¿es el origen del acuerdo arbitral (autonomía de la voluntad de las partes *versus* APPRI) el factor determinante? ¿Lo es, quizás, el carácter sistémico o individual del consentimiento estatal a favor del arbitraje? O, en la línea que propone la abogada general, J. Kokott, ¿habría que estar a la naturaleza de las medidas sometidas al tribunal arbitral, en el sentido

de que las relaciones en las que el Estado actúa en el ejercicio de sus facultades soberanas no podrían ser sustraídas del sistema jurisdiccional de la UE? ¿Se debe entender, por tanto, que las obligaciones derivadas de los arts. 4.3º TUE y 344 TFUE solo se refieren al Estado soberano y no al Estado comerciante? ¿Podría un Estado miembro incorporar una cláusula arbitral en un contrato celebrado con un inversor de otro Estado miembro para la resolución de controversias futuras relativas al contrato, a pesar de que estos litigios requieran la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión? Y por último, ¿se podría, incluso, cuestionar si un Estado puede ser parte en un arbitraje comercial (*intra-UE*) donde el Derecho de la Unión forme parte del Derecho aplicable?

Todas estas interrogantes siguen sin una respuesta cierta. La sentencia *PL Holdings*, por tanto, no cierra el debate en torno al arbitraje de inversiones *intra-UE* derivado de convenios arbitrales individuales. Por todo ello, seguiremos atentos a próximas entregas del TJ, para ir completando la colección de decisiones que resuelvan, definitivamente, el problema de la compatibilidad del arbitraje de inversiones *intra-UE* con el Derecho de la Unión, aunque sin abandonar la sospecha de que, seguramente, como toda buena colección, está nunca llegará a estar completa.

## BIBLIOGRAFÍA

ARP, B., «Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B.V. Case C-284-16», *American Journal of International Law*, vol. 112, núm. 3, 2018, pp. 466-472.

BEDOYA F. y TARJUELO POZO, J., «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.

DE BOECK, M., «An upcoming landmark? AG Kokott in C-109/20 Poland v. PL Holdings», *European Law Blog*, 3 de junio de 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/>] (última consulta: 2022/03/25).

DE SADELEER, N., «The End of the Game: The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral Tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between Two Member States», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 9, 2018, pp. 355-371.

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.



HILLEBRAND POHL, J., «Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?», *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, pp. 767-791.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «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», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 10, enero-marzo 2022, pp. 1-22.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

KOROM, V., «Jurisprudence *Achmea*: la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne?», *Recueil Dalloz*, núm 36, 18 octubre 2018, pp. 2005-2010.

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, núm. 3, 2021, pp. 1255-1268.

RESTREPO AMARILES, D., ARDELAN FARHADI, A. y VAN WAEYENBERGE, A., «Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, n.º 4, 2020, pp. 907-943.

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, núm. 1, 2019, pp. 7-121.

ZASHEVA, D. y G. LENTNER: «ECJ in PL Holdings: *ad hoc* arbitration agreement between EU investor and Member State not compatible with EU law», *European Law Blog*, 8 de noviembre de 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/>] (última consulta : 2022/03/25).

(1)

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158. Vid...: X. Fernández Pons, «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 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, núm. 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23. B. Arp, «Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea B.V. Case C-284-16», *American Journal of International Law*, vol. 112, núm. 3, 2018, pp. 466-472; E. Gaillard, «L'affaire Achmea ou les conflits de logiques», *Rev. crit. DIP*, julio-septiembre 2018, pp. 616-630. 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, núm. 1, 2019, pp. 7-121; D. Restrepo Amariles, A. Ardelan Farhadi, A. Van Waeyenberge, «Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea», *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, núm. 4, 2020, pp. 907-943; N. De Sadeleer, «The End

of the Game: The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral Tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between Two Member States», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 9, 2018, pp. 355-371.

Ver Texto

- (2) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, República de Moldavia, asunto C-741/19, EU:C:2021:655. *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, núm. 3, 2021, pp. 1255-1268; I. 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: análisis crítico de la decisión en el asunto República de Moldavia / Komstroy», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 10, enero-marzo 2022, pp. 1-22. 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

- (3) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de octubre de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:875. *Vid...* D. Zsheva, y G. Lentner, «ECJ in PL Holdings: *ad hoc* arbitration agreement between EU investor and Member State not compatible with EU law», *European Law Blog*, 8 de noviembre de 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/>] (última consulta: 2022/03/25).

Ver Texto

- (4) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de octubre de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:875.

Ver Texto

- (5) Por ejemplo, D. Zsheva, y G. Lentner, «ECJ in PL Holdings: *ad hoc* arbitration agreement between EU investor and Member State not compatible with EU law», *loc. cit.*

Ver Texto

- (6) *PL Holdings c. República de Polonia*, SCC caso núm. V 2014/163, laudo parcial, de 28 de junio de 2017.

Ver Texto

- (7) *PL Holdings c. República de Polonia*, SCC caso núm. V 2014/163, laudo final, de 28 de septiembre de 2017.

Ver Texto

- (8) Decisión del Tribunal de Apelaciones sueco, de 22 de febrero de 2019, disponible en [<https://www.italaw.com/cases/6209>] (traducido al inglés), p. 51: «(...) *the arbitral awards in question*,

*even if based on article 9 (which is not valid between Member States), have not arisen in a manner which is manifestly incompatible with Swedish ordre public. Also, the Court of Appeal has already stated that the conclusions of the CJEU's findings in the Achmea ruling mean that there is nothing preventing a Member State from entering into an arbitration agreement with an investor in a specific case, i.e. based on party autonomy».*

Ver Texto

(9) *Ibid.*, p. 45.

Ver Texto

(10) *Ibid.*, pp. 51-56.

Ver Texto

(11) Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen (Suecia) el 27 de febrero de 2020, República de Polonia / PL Holdings S.à.r.l., Asunto C-109/20.

Ver Texto

(12) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de octubre de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:875, ap. 42.

Ver Texto

(13) *Ibid.*, ap. 42.

Ver Texto

(14) *Ibid.*, ap. 43.

Ver Texto

(15) Decisión del Tribunal de Apelaciones sueco, de 22 de febrero de 2019, disponible en [<https://www.italaw.com/cases/6209>] (traducido al inglés), pp. 41-44.

Ver Texto

(16) Conclusiones de la abogada general J. Kokott, presentadas el 22 de abril de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:321, punto 22.

Ver Texto

(17) En este sentido, la facultad del TJ de reformular la pregunta planteada por el órgano jurisdiccional remitente está reconocida en la jurisprudencia del propio tribunal. *Vid...*, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, C-742/19, Ministrstvo za obrambo, EU:C:2021:597, ap. 31; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de agosto de 2018, C-122/17,

Smith, EU:C:2018:631, ap. 34; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de octubre de 2016, C-303/15, M. y S., EU:C:2016:771, ap. 16; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 28 de abril de 2016, C-233/15, Oniors Bio, EU:C:2016:305, ap. 30.

[Ver Texto](#)

(18) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de octubre de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:875, ap. 37. Las circunstancias que conducen al TJ a reformular la pregunta se refieren, por una parte, al hecho de que haya quedado acreditado que la cláusula arbitral del art. 9 del APPRI es nula por vulnerar el Derecho de la UE y, por otra parte, al hecho de que el inversor iniciara originalmente un procedimiento arbitral sobre la base del art. 9 del APPRI y que posteriormente afirmara que su solicitud de arbitraje no debía considerarse como la aceptación de la oferta arbitral del Estado contenida en el art. 9 del APPRI, sino como una oferta de arbitraje del propio inversor que Polonia había aceptado implícitamente, al no haber impugnado validamente la competencia del tribunal arbitral en el plazo previsto a tal efecto en el Derecho de Suecia, aplicable al procedimiento arbitral (apdos. 35-36).

[Ver Texto](#)

(19) *Ibid.*, ap. 44.

[Ver Texto](#)

(20) *Ibid.*, ap. 45.

[Ver Texto](#)

(21) *Ibid.*, ap. 46.

[Ver Texto](#)

(22) *Ibid.*, ap. 47.

[Ver Texto](#)

(23) *Ibid.*, ap. 48.

[Ver Texto](#)

(24) *Ibid.*, ap. 50.

[Ver Texto](#)

(25) DO 2020, L 169, p. 1.

[Ver Texto](#)

(26) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de octubre de 2021, C-109/20, PL Holdings, EU:C:2021:875, apdos. 52-53.

[Ver Texto](#)

(27) *Ibid.*, ap. 54.

[Ver Texto](#)

(28) *Ibid.*, ap. 56.

[Ver Texto](#)

(29)  
*Ibid.*, ap. 67.

[Ver Texto](#)

(30) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 56.

[Ver Texto](#)

(31) *Ibid.*, ap. 54. En este sentido, *vid.*: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, asunto C-126/97, EU:C:1999:269; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de julio de 2016, *Genentech*, asunto C-567/14, EU:C:2016:526; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de marzo de 1982, *Nordsee*, C-102/81, EU:C:1982:107.

[Ver Texto](#)

(32) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 54.

[Ver Texto](#)

(33) *Ibid.*, ap. 55. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia*, asunto C-741/19, EU:C:2021:655, apdos. 58-59.

[Ver Texto](#)

(34) Por ejemplo, en opinión de J. Hillebrand Pohl, «Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?», *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 786: la explicación dada por el tribunal sobre la diferenciación entre el arbitraje comercial y de inversiones «*is the least well-argued element of the judgment*».

[Ver Texto](#)

(35) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea...», *loc. cit.*, p. 9.

[Ver Texto](#)

(36) M. De Boeck, «An upcoming landmark? AG Kokott in C-109/20 Poland v. PL Holdings», *European Law*

*Blog*, 3 de junio de 2021, disponible en [<https://europeanlawblog.eu/>] (última consulta: 2022/03/25).

Ver Texto

(37) Conclusiones del abogado general Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021, República de Moldavia, C-741/19, EU:C:2021:164, punto 60, y continúa: «No cabe considerar que la competencia de ese tribunal arbitral se derive del sistema de protección jurisdiccional concedida por el Estado. Resulta más bien de la autonomía de cada parte implicada en el comercio. En efecto, de dicha autonomía se deriva la posibilidad de que las partes decidan resolver sus controversias recurriendo al arbitraje comercial».

Ver Texto

(38) *Ibid.*, punto 61.

Ver Texto

(39) *Ibid.*, puntos 61-62. Tal y como señala el abogado general: «Esta renuncia tiene un carácter sistémico, en la medida en que puede referirse a todos los litigios comprendidos en el ámbito de aplicación de ese acuerdo. De este modo, el Estado crea un mecanismo de protección jurisdiccional, ajeno a su propio sistema jurisdiccional». De todo ello, concluye que «Es precisamente ese aspecto de los mecanismos de arbitraje de inversiones previstos por acuerdos entre Estados miembros al que el Tribunal de Justicia se refiere en la sentencia Achmea: en efecto, no se admite que los Estados miembros puedan sustraer al sistema jurisdiccional de la Unión, a través de un compromiso internacional, de forma sistemática, un conjunto de litigios referentes a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión».

Ver Texto

(40) Conclusiones de la abogada general J. Kokott, presentadas el 22 de abril de 2021, C-109/20, *PL Holdings*, EU:C:2021:321, punto 51.

Ver Texto

(41) *Ibid.*, puntos 23-42 y, de forma particular, punto 31: «Un convenio arbitral individual entre un Estado miembro y un inversor puede sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión los litigios relativos a la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión del mismo modo que un tratado general sobre inversiones entre Estados miembros que prevé la solución de las controversias entre un Estado miembro y un inversor mediante arbitraje. Si un caso individual es sustraído o no del sistema jurisdiccional depende del litigio concreto y no de si el litigio se tramita ante un tribunal arbitral en virtud de un tratado general sobre inversiones entre Estados miembros o de un convenio arbitral individual entre un inversor y un Estado miembro».

Ver Texto

(42) *Ibid.*, punto 51.

Ver Texto

(43)

*Ibid.*, punto 51.

[Ver Texto](#)

<sup>(44)</sup> *Ibid.*, punto 52.

[Ver Texto](#)

<sup>(45)</sup> *Ibid.*, punto 54, y continúa: «Cuando un particular está sometido a una medida soberana —en este caso, de los supervisores bancarios— no puede hablarse de libre voluntad, al menos no por parte del particular. Por esta sola razón ya parece poco probable que respecto de dicha medida un Estado miembro celebre posteriormente por su propia voluntad un convenio arbitral con el particular».

[Ver Texto](#)

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, punto 55 (énfasis añadido).

[Ver Texto](#)

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, punto 58.

[Ver Texto](#)

<sup>(48)</sup>  
*Ibid.*, punto 61.

[Ver Texto](#)

## Acción de nulidad frente a un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de diciembre de 2021

Action for nullity against an arbitration award issued by the Jurisdictional Committee of the Royal Spanish Football Federation

En la esfera del deporte, las resoluciones de carácter eminentemente deportivo y/o disciplinario no suelen necesitar del auxilio de los tribunales ordinarios para el cumplimiento efectivo de las mismas. Normalmente, en estos casos, tanto las federaciones deportivas como las ligas profesionales se sirven de ciertos «mecanismos» internos a través de los cuales consiguen que la parte sancionada cumpla con el fallo de la decisión. No obstante, hay ciertas resoluciones deportivas que se escapan del control de dichas entidades y, por lo tanto, se precisa de la asistencia de los tribunales ordinarios. Por esta razón, cabría preguntarse ¿cómo es posible que una resolución deportiva pueda recurrirse ante la jurisdicción ordinaria? A este respecto, al hilo del comentario de la STSJ Madrid 10 diciembre 2021, se tratará de dar respuesta a la pregunta planteada en relación con la solicitud de nulidad de un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol.

Deporte — Comité Jurisdiccional — laudo arbitral — acción de nulidad.

In the field of sport, decisions of an eminently sporting and/or disciplinary nature do not usually require the assistance of the ordinary courts for their effective enforcement. Normally, in these cases, both sports federations and professional leagues make use of certain internal «mechanisms» through which they get the sanctioned party to comply with the decision. However, there are certain sporting decisions that are beyond the control of these sporting bodies and therefore require the assistance of the ordinary courts. For this reason, the question arises as to how it is possible that a sports decision can be appealed before the ordinary courts? In this respect, following the commentary on the judgment of the TSJ of Madrid of 10 December 2021, an attempt will be made to answer the question posed in relation to the request for nullity of an arbitration award issued by the Jurisdictional Committee of the Royal Spanish Football Federation.

Sport — Jurisdictional Committee — arbitration award — action for nullity.



Yeray Romero Matute



## I. HECHOS

En primer lugar, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 75/2021 de 10 de diciembre de 2021 (1), se pretende sintetizar el contenido de dicha resolución, así como los argumentos argüidos por el propio tribunal en relación con la solicitud de anulación de un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol, en adelante (Comité Jurisdiccional de la RFEF). A este respecto, para analizar dicha decisión, es importante extraer los antecedentes, los hechos, así como los detalles de ambos procedimientos, pues, como es evidente, sin la existencia del primer procedimiento, no hubiera podido iniciarse el segundo ante los tribunales ordinarios de la Comunidad de Madrid.

### 1. Procedimiento ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF

Con carácter previo al inicio del procedimiento ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF, es preciso detallar los antecedentes de la cuestión principal. Sobre este particular, cabe apuntar que en el año 2019 un equipo de fútbol profesional, el Villarreal Club de Fútbol SAD, en adelante (*Villarreal CF*), se percató de la calidad técnica de un jugador menor de edad por su trayectoria impecable en las categorías del fútbol base, Christian Ferreres, en adelante (jugador). Éste, era un joven deportista de tan apenas 15 años de edad que militaba en la cantera del Real Sporting de Gijón SAD, en adelante (*Sporting Gijón*), en la temporada 2019/20.

En este sentido, recién cumplidos los 16 años de edad, el jugador manifestó su deseo de marcharse del club de fútbol asturiano y continuar con su carrera deportiva a las órdenes del *Villarreal CF*; no obstante, nada más lejos de la realidad, el *Sporting Gijón* decidió inscribir al jugador menor de edad en la Segunda División B para la temporada 2020/21 —actualmente Primera RFEF—, para que disputase los encuentros con el filial del equipo asturiano. Con esta medida, dicho equipo acabaría bloqueando la inscripción de la ficha del jugador en las filas del *Villarreal CF* para la temporada 2020/21.

Como consecuencia de los hechos anteriores, el *Villarreal CF* decidió acudir al Comité Jurisdiccional de la RFEF solicitándole la cancelación de la licencia federativa del deportista juvenil del *Sporting Gijón* para, posteriormente, tramitar la licencia profesional correspondiente e inscribir al jugador con el *Villarreal CF* (2). La razón de la insistencia y celeridad por parte del club valenciano, radicaba en que el jugador ya se había vinculado con dicho club de manera profesional a través del pertinente contrato de trabajo (3).

Finalmente, el Comité Jurisdiccional de la RFEF en su primera resolución de 20 de noviembre de 2020 —n.º 11/2020-21—, acabaría cancelando la inscripción del jugador gijonés en el *Sporting Gijón* y fallando a favor de la solicitud del *Villarreal CF*. Asimismo, en esta misma resolución, el propio Comité consideraría que la inscripción del jugador en las filas del *Villarreal CF* una vez comenzada la temporada provocó, *de facto*, un menoscabo y un perjuicio económico al *Sporting Gijón* que debía ser subsanado con la correspondiente indemnización. Posteriormente, en una segunda resolución de 12

de enero de 2021, el propio Comité acabaría condenando al pago de 300.000€ al *Villarreal CF* en concepto de gastos por formación del jugador menor de edad a favor del *Sporting Gijón*. Siendo esta segunda resolución, la que el *Villarreal CF* impugnaría ante el TSJ de Madrid solicitando la anulación del laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF.

## 2. Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Así pues, como consecuencia de la segunda de las resoluciones emitidas por el Comité de la RFEF, el *Villarreal CF* decidió impugnar dicho laudo arbitral fundamentando la solicitud de su demanda en las siguientes pretensiones que se expondrán a continuación:

- El club alegó que, al amparo del art. 119.1.g) del Reglamento General de la RFEF, el propio Comité de la RFEF sí que disponía de la competencia suficiente para dirimir sobre la cuestión principal —cancelación de licencia deportiva—, pero que, de ninguna manera, podía analizar ni cuantificar la indemnización que le correspondía al club asturiano. En este sentido, el *Villarreal CF* interpretaba que dicha actuación excedía de su ámbito competencial ex Reglamento General de la RFEF.
- Estrechamente relacionado con lo anterior, el club defendía la carencia de competencia del propio Comité de la RFEF, en función de la inexistencia de acuerdo y/o convenio arbitral mediante el cual las partes implicadas se hubieran sometido voluntariamente al mismo.
- Asimismo, el *Villarreal CF* consideró que se había producido la conculcación del orden público en relación con el derecho a la libertad del trabajo, el interés superior del menor y el «libre desarrollo de la personalidad» del jugador. De la misma manera, entendían que la motivación y argumentación efectuada por parte del propio Comité era «absurda e ilógica» y, además, instaron al tribunal deportivo a que diera algún tipo de explicación de conformidad con el cálculo realizado para la determinación de la cuantía de la indemnización —300.000€—.

De seguido, la parte demandada respondió a la misma y, en cierto modo, se opuso a los argumentos aducidos de contrario apoyándose en las alegaciones que se detallan a continuación:

- En todo momento, incluso con carácter previo a la resolución emitida por parte del Comité de la RFEF de 20 de noviembre de 2020 —n.º 11/2020-21—, el *Sporting Gijón* alegó que ya había reclamado una compensación económica (9 de noviembre de 2020), como consecuencia de los gastos de formación del jugador puesto que, de esa manera, también se evitaba un enriquecimiento injusto por parte del *Villarreal CF*.
- El club deportivo gijonés, también adujo que la resolución dictada por el Comité de la RFEF carecía de la naturaleza arbitral y, por lo tanto, mientras un tribunal ordinario no invalidase dicha decisión, ésta debía considerarse como puesta y válida a todos los efectos.
- En el mismo orden de ideas, dado que la parte actora no negó el contenido de la primera de las resoluciones emitidas por el Comité de la RFEF, en donde ya quedaba demostrado, de manera fehaciente, el perjuicio económico ocasionado al *Sporting Gijón* y la necesidad de indemnizarlo, esta parte dedujo dos consecuencias directas de tal actuación: a) el *Villarreal CF* había aceptado

expresamente la resolución y, por lo tanto, era conecedor de la indemnización que debía sufragar a favor del club asturiano; y, b) la cuantía de la indemnización no podía desligarse ni «considerarse independiente» del procedimiento principal —cancelación de la licencia deportiva del jugador—; es decir, la indemnización era causa directa de la cancelación de la licencia del deportista menor de edad.

- En última instancia, el *Sporting Gijón* consideró que la resolución emitida por el Comité Jurisdiccional de la RFEF no podía considerarse como arbitraria y/o ilícita, puesto que la misma se fundamenta con buenos argumentos extraídos de la propia prueba practicada en el procedimiento.

Finalmente, una vez analizados tanto los fundamentos de la demanda como de la contestación a la misma, el TSJ de Madrid consideró que los argumentos expuestos en la reclamación del *Villarreal CF* no tenían cabida y, por lo tanto, desestimó dicha solicitud y no concedió la nulidad al laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF.

## II. ASOCIACIONISMO DEPORTIVO

En este segundo epígrafe, antes de dar comienzo con el comentario y análisis de la sentencia objeto de esta investigación, me gustaría hacer una breve referencia desde la perspectiva del Derecho deportivo y su propio régimen jurídico. Sobre este particular, también es importante recalcar la existencia de una jerarquía institucional deportiva a nivel internacional que, incuestionablemente, también se reproduce de manera análoga en el ámbito nacional.

En este sentido, cabría apuntar que el origen de las federaciones deportivas en nuestro país vendría de la mano de la Ley 13/1980; dicha ley, concretamente en su art. 14, establecía que éstas debían considerarse como entidades que reunían a deportistas y asociaciones dentro de España y, a su vez, ostentaban una personalidad jurídica propia como una absoluta capacidad de obrar para la consumación y el cumplimiento de sus propósitos (4) . Si bien es cierto, en apenas diez años, la anterior ley sería reemplazada por la Ley 10/1990 (5) ; esta ley, sin duda, fue acogida de manera positiva por las distintas entidades y organizaciones deportivas del panorama nacional —hoy en día, a pesar del actual Proyecto de Ley del Deporte de 2022 que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, la citada ley todavía se encuentra en vigor tras treinta y dos años desde su promulgación (6) —.

En relación con lo anterior, cabe decir que la Ley 10/1990 en su título III, denominado «Las Asociaciones deportivas», establece una clasificación de dichas asociaciones en: a) clubes; b) agrupaciones de clubes de ámbito nacional; c) entidades de promoción del deporte; d) ligas profesionales; y, e) federaciones deportivas —las letras a), b) y c), se consideran como asociaciones de primer grado, mientras que, las letras d) y e) son consideradas como asociaciones de segundo grado— (art. 12 Ley 10/1990). Asimismo, el apartado segundo del artículo anterior especifica que las ligas profesionales están compuestas por los diferentes clubes de una misma modalidad deportiva y, solo se podrán constituir en éstas, cuando existan competiciones oficiales de ámbito nacional y de naturaleza profesional, ello de conformidad con el art. 41 Ley 10/1990 (7) .

Si bien es cierto, con independencia de lo anterior, en esta nueva normativa deportiva se precisaría aun más, si cabe, el concepto de «federación deportiva española»; considerándola como una entidad privada, con personalidad jurídica y, además de las competencias que ostentan como propias, éstas ejercen, por delegación de la Administración, funciones eminentemente públicas de naturaleza administrativa —J. Bermejo ya apuntó, en su obra póstuma, que esta es una característica esencial del sistema de «corresponsabilidad» como consecuencia de la simbiosis existente entre lo público y lo privado en el ámbito deportivo (8) — (Art. 30 Ley 10/1990).

Dicho lo cual, se puede afirmar que las federaciones deportivas nacionales son las encargadas de aglutinar tanto a las federaciones deportivas autonómicas de su correspondiente modalidad deportiva, como a los clubes, deportistas, árbitros, etc., así como a todas las personas que se encuentran incardinadas en su estructura de una manera u otra. Asimismo, como ya se ha explicado en los anteriores párrafos, algunas de ellas pueden disponer de una liga profesional si existe una competición estatal, oficial y de carácter profesional y, en el caso de la RFEF, esto último se cumple. En España, en la esfera del fútbol profesional, existe la denominada Liga Nacional de Fútbol Profesional, en adelante (LNFP) y, a su vez, esta se encuentra conformada tanto por la Primera División masculina —LaLiga Santander— como por la Segunda División de la misma modalidad —LaLiga SmartBank— (dichas abreviaturas obedecen a los efectos de la publicidad y el patrocinio) (9)

Ahora bien, a pesar de que las ligas profesionales dispongan de una cierta autonomía para regular su propia organización y funcionamiento interno (art. 41.2º Ley 10/1990), de conformidad con el tema principal que ocupa esta investigación, es la propia RFEF la que ostenta la competencia en relación con la expedición de licencias deportivas (Art. 16 Estatutos RFEF) y, de la misma manera, en relación con la cancelación de dicha licencia federativa, tanto los Estatutos como el Reglamento General de la federación conceden la competencia al Comité jurisdiccional de la RFEF para dirimir cuestiones sobre la citada controversia (art. 41 Estatutos RFEF y art. 44 Reglamento General RFEF) (10).

Habida cuenta de lo anterior, cabría preguntarse ¿cómo es posible que una resolución deportiva pueda recurrirse ante la jurisdicción ordinaria? A este respecto, al hilo del comentario de la STSJ Madrid 10 diciembre 2021, se tratará de dar respuesta a la pregunta planteada en el siguiente epígrafe.

### III. COMENTARIO DE LA STSJ MADRID 10 DE DICIEMBRE DE 2021

#### 1. Naturaleza arbitral del Comité Jurisdiccional de la RFEF

En relación con la pregunta efectuada cabe decir que, consecuencia del asociacionismo y la jerarquía piramidal existente en el ámbito deportivo, las resoluciones de carácter eminentemente deportivo y/o disciplinario, como norma general, no suelen necesitar del auxilio de los tribunales ordinarios para el cumplimiento efectivo de las mismas. Normalmente, en estos casos, tanto las federaciones deportivas como las ligas profesionales se sirven de ciertos mecanismos, un tanto «coercitivos», a través de los cuales consiguen que el sujeto y/o la parte sancionada cumpla con el fallo de la decisión

deportiva —v.gr., imposibilidad de inscripción en una determinada competición, amenaza con el descenso de categoría, advertencia de la pérdida de puntos, entre otras—.

No obstante, hay ciertas resoluciones deportivas que se escapan del ámbito de actuación puramente deportivo y, por lo tanto, ya sea desde la perspectiva de la nulidad y/o para reconocer y ejecutar un laudo arbitral, se precisa de la asistencia de los tribunales ordinarios. Por esta razón, en primera instancia, es preciso dilucidar si realmente el Comité Jurisdiccional de la RFEF puede entenderse, *de facto*, como un tribunal arbitral. Sobre esta cuestión, remitiéndose a los argumentos de las partes, cabe expresar que la parte demandante no negó en ningún momento la naturaleza arbitral del propio Comité; si bien, aunque parezca algo curioso y raro de asimilar, es la parte demandada la que consideró que la decisión emitida por parte del Comité no era arbitral —al pronunciarse sobre este extremo, de manera indirecta, acabó cuestionando la naturaleza arbitral del propio Comité jurisdiccional de la RFEF—.

Expuesto lo anterior, cabe decir que algunos autores comparten la postura de que el Comité Jurisdiccional de la RFEF no puede entenderse, *stricto sensu*, como un tribunal arbitral. Estos autores consideran, básicamente, que el citado Comité no puede entenderse como un tribunal arbitral puesto que el Reglamento General de la RFEF no lo ha querido ni lo ha especificado en tal sentido en el grueso de su texto normativo. Además, interpretan que el tribunal no es neutral y no cumple con lo estipulado por el art. 15 LA/2003 en relación con el libre nombramiento de los integrantes del tribunal arbitral. De la misma manera, en última instancia, consideran que las resoluciones de dicho tribunal no pueden considerarse como laudos arbitrales, pues no adquieren «la autoridad de cosa juzgada» (11). En sentido, F. Casanova, acaba concluyendo que «el Comité Jurisdiccional no puede considerarse como un tribunal arbitral al no reunir los rasgos y condiciones exigidos para este tipo de órganos y, particularmente, porque su constitución, procedimiento y efectos de la resolución que recaiga sobre el asunto deportivo está fuera de los mandatos de la Ley de Arbitraje» (12).

---

Si el art. 88 de la Ley 10/1990 solo permite la conciliación y/o el arbitraje puede deducirse que el Comité Jurisdiccional de la RFEF es un «tribunal arbitral», de facto, a todos los efectos

---

De lo expuesto anteriormente, podría considerarse que es acertada la posición mantenida por estos autores en relación con la poca independencia y neutralidad de los miembros del Comité Jurisdiccional de la RFEF —dicha decisión es competencia, en exclusiva, del presidente de la RFEF (art. 41.2º Reglamento General RFEF)—. Ahora bien, en relación con la firmeza de las resoluciones y el efecto de cosa juzgada como motivo para denegar la naturaleza «arbitral» a dicho tribunal, parece una posición un tanto excesiva. Asimismo, autores como A. Cortés y A. Amorós, han considerado que las decisiones del tribunal son firmes desde su emisión y, por lo tanto, producen efecto de cosa juzgada *ex art.* 43 LA/2003 —opinión que suscribe al autor de esta disertación— (13).

En el mismo orden de ideas, parece prudente extraer el contenido del art. 87 de la Ley 10/1990, éste estipula que «las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje». De la misma manera, el art. 88 del mismo texto normativo, considera que «las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje»; y, a su vez, dicho precepto acaba concluyendo en su apartado tercero que «las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje». Lo anterior, es un argumento que también comparte la jurisprudencia nacional, pues considera que «la competencia, para conocer, entre otras materias, de cuestiones de mediación y arbitraje, corresponde en la RFEF al Comité Jurisdiccional»— (14) .

Dicho lo cual, precisamente por lo expuesto, cabe deducir que los procedimientos llevados ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF no concilian ni median entre las partes y, al igual que interpreta F. Casanova en su análisis, no podría considerarse que dicho Comité ejerza funciones ni conciliadoras ni, por supuesto, tampoco mediadoras (15) ; *ergo*, si el art. 88 de la Ley 10/1990 solo permite la conciliación y/o el arbitraje y, dado que en esta situación se sobreentiende que dicho tribunal no actúa como un tribunal conciliador/mediador, puede deducirse que el Comité Jurisdiccional de la RFEF es un «tribunal arbitral», *de facto*, a todos los efectos (16) .

Ahora bien, dejando al margen las posturas mantenidas por una y otra parte, el TSJ de Madrid consideró que la naturaleza y condición del Comité Jurisdiccional de la RFEF debía entenderse como una auténtica «institución arbitral»; pues dicha valoración había sido avalada no solo por «las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, cuando eran competentes para el conocimiento y resolución de la acción de nulidad de laudos arbitrales», sino también «por esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid» (17) . Dicho lo cual, dado que la jurisprudencia nacional ha interpretado que el Comité Jurisdiccional de la RFEF debe considerarse como una institución arbitral, parece obvio que sus decisiones también revestirán dicha calificación, más concretamente, la de «laudos arbitrales» (18) .

Así pues, de la deducción precedente y puesto que nos encontramos ante una acción de nulidad de un «laudo arbitral», para conocer qué tribunal ostenta la competencia judicial para resolver dicha cuestión, debe acudir a la Ley de Arbitraje 60/2003 (19) . En consecuencia, el Art. 8.6 de la ley anterior, establece que la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se hubiera dictado el laudo será el tribunal competente para conocer sobre la solicitud de anulación de un laudo arbitral. Y, puesto que la RFEF tiene su domicilio en Madrid, es la razón por la que se le atribuye la competencia al TSJ de la Comunidad de Madrid y no a otro tribunal.

## 2. La acción de nulidad del laudo arbitral deportivo

En este segundo subepígrafe, es preciso apuntar que la acción de anulación de un laudo arbitral ante cualquier Tribunal Superior de Justicia es un cometido que, a día de hoy, les ha sido atribuido a

dichos tribunales. Si bien es cierto, como apunta la propia resolución en sus argumentos y apoyándose en la jurisprudencia emitida por nuestros tribunales nacionales, cuando una de las partes solicita la nulidad de un laudo arbitral, ésta debe entender que el recurso solicitado no servirá para analizar ni corregir las presuntas deficiencias e irregularidades que se hubieran llevado a cabo en el procedimiento arbitral (20) . Es más, la sumisión a arbitraje garantiza que los tribunales ordinarios obtengan una especie de «control extraordinario»; dicho lo cual, la sala competente para dirimir dicha cuestión no puede considerarse, bajo ningún concepto, como un tribunal de segunda instancia (21) .

En relación con lo anterior, este tribunal no analizará el fondo de la cuestión motivo de la solicitud de nulidad, únicamente, se ceñirá a la revisión de la resolución arbitral *ex art.* 41 LA/2003; básicamente, éste comprobará que: a) el procedimiento arbitral se hubiera llevado a cabo con todas las garantías procesales; b) el convenio arbitral fuera válido; c) la resolución fuera acorde con lo estipulado en dicho acuerdo arbitral y no se hubiera excedido de los límites marcados por el citado convenio; y, d) la resolución arbitral no hubiera resuelto cuestiones no sometidas a arbitraje. Es decir, dicho procedimiento se limita a garantizar el cumplimiento de una serie de formalidades y/o supuestos tasados y, a pesar de ello, la jurisprudencia interpreta que dicha actuación no debe considerarse como la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE) (22) .

Por lo cual, en relación con la acción de nulidad, la parte demandante —*Villarreal CF*—, basó las pretensiones de su demanda en los siguientes motivos : a) el convenio arbitral no existía —*ex art.* 41.1º.a) LA/2003—; b) el Comité de la RFEF resolvió cuestiones no sometidas , *stricto sensu*, a su potestad; lo que debía considerarse como una incongruencia *extra petita* — art. 41.1º.c) LA/2003—; y, c) se había producido una infracción y/o vulneración del orden público —art. 41.1º.f) LA/2003— (23) .

### **A) Inexistencia del acuerdo arbitral [art. 41.1º.a) LA/2003]**

En relación con la inexistencia del convenio arbitral, cabe recordar que la parte demandante no puso en duda en ningún momento la existencia del convenio arbitral por el cual, ambas partes, debían someterse al Comité Jurisdiccional de la RFEF para dirimir la cuestión principal relativa a la cancelación de la licencia federativa del jugador menor de edad. No obstante, esta misma parte sí que cuestionó que el tribunal arbitral se hubiera pronunciado en lo relativo a la cuantía de la indemnización económica que debía resarcir a favor del *Sporting Gijón*. Habida cuenta de lo anterior, independientemente de que el segundo procedimiento trajera causa del primero, el *Villarreal CF* alegó la inexistencia del convenio arbitral por el que se hubiera sometido al Comité Jurisdiccional de la RFEF en relación con la cuantificación de la «indemnización por enriquecimiento injusto» [art. 41.1º.a) LA/2003].

Dicho lo cual, es preciso indicar que el arbitraje es un procedimiento alternativo para la resolución de controversias que se sustenta en la propia autonomía y voluntad de las partes implicadas; una decisión que pretende dejar, al margen del conflicto, la intervención de la jurisdicción ordinaria para que un tribunal arbitral se encargue de resolver cuantas desavenencias se produzcan en relación con el acuerdo alcanzado *inter partes*. No obstante, debe comprenderse que el cometido que las partes delegan en el tribunal arbitral no debe excederse de los límites y lo estipulado en el propio convenio

arbitral.

En este sentido, es preciso indicar que tanto la parte demandante como la parte demandada no negaron la existencia del primer procedimiento ni el contenido de la resolución en donde se sancionaba al *Villarreal CF* al pago de una indemnización a favor del club asturiano. *Ergo*, de tales posturas, no solo se deduce la sumisión de las partes a dicho tribunal —Comité Jurisdiccional de la RFEF—, sino que, la segunda resolución ahora impugnada, no puede desvincularse ni debe entenderse «independiente» y sin ningún tipo de conexión de conformidad con el contenido de la primera resolución —cancelación de licencia deportiva e indemnización por dicha cancelación sin especificar cuantía—.

Así pues, como consecuencia de la naturaleza «arbitral» del tribunal y como bien ha pronunciado el TSJ de Madrid en sus argumentos en relación con la flexibilidad del procedimiento arbitral, «las facultades de los árbitros vienen determinadas por el *thema decidendi* establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente aquéllos sometidos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso resolviendo cuestión no sometida a su decisión». En consecuencia, ello «no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte sumisión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir». Por lo tanto, dichas situaciones deben analizarse no de manera aislada, sino comprendiendo la finalidad, el propósito y los antecedentes de la misma, dado que pueden resultar comprendidas en el acuerdo aquellos aspectos «de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada» (24). En este sentido, es claro y parece meridiano, que la indemnización por enriquecimiento injusto trae causa de la cancelación de la licencia federativa del jugador menor de edad del *Sporting Gijón*.

### **B) Incongruencia del laudo arbitral [art. 41.1º.c) LA/2003]**

Ahora bien, estrechamente relacionado con lo anterior, la delegación de funciones en el Comité Jurisdiccional de la RFEF, no puede interpretarse como un «cheque en blanco» en el que el tribunal haga y deshaga a su antojo; es decir, éste debe ceñirse escrupulosamente al *petitum* solicitado *ex art.* 41.1º.c) LA/2003. En este sentido, cabe remarcar que el TSJ de la Comunidad de Madrid pudo haber anulado el laudo arbitral emitido por el propio Comité si hubiera apreciado la existencia de alguna incongruencia en el laudo arbitral —suele ser un motivo no utilizado con demasiada frecuencia por las partes— (25). Sobre este extremo, es preciso indicar que puede darse una situación de incongruencia cuando el tribunal: a) hubiera resuelto sobre circunstancias no previstas en el convenio arbitral; y/o, b) se hubiera excedido de los límites marcados por el acuerdo arbitral —incongruencia *extra petita*—.

Habida cuenta de ello, fijando la atención en la letra b) —por el caso que nos ocupa—, la jurisprudencia nacional ha considerado prudente la no anulación de un laudo arbitral por dicha causa si, para alcanzar esa resolución definitiva, el tribunal se hubiera servido de otras cuestiones que incluso estuvieran al margen de la competencia y el ámbito de actuación del tribunal arbitral (26). Bien es cierto que, en el caso en cuestión, la actuación por parte del tribunal no podría considerarse



como excesiva puesto que, dicha decisión, ha resuelto una cuestión que inicialmente sí se encontraba sometida a la vía arbitral —cancelación de la licencia deportiva del jugador menor de edad (art. 41 Estatutos RFEF y art. 44 Reglamento General RFEF)—.

Asimismo, el propio TSJ de Madrid en su resolución de 10 de diciembre de 2021 adujo que «la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas no estén sustancialmente alteradas (...). La congruencia exigible al laudo se predica de las concretas pretensiones contenidas en los escritos de las partes, y no de las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las mismas en defensa o apoyo de aquellas». Es más, el mismo tribunal considera que «la congruencia de las sentencias no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado, sino que también se cumple cuando el fallo, pese a no concordar literalmente con lo pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten, hasta el punto de ser admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos» (27). Dicho argumento, es un claro ejemplo de la situación que se produce en la decisión analizada y, por lo tanto, el tribunal decide correctamente sobre este extremo.

### *C) Conculcación del orden público [art. 41.1º.f) LA/2003]*

En tercer lugar, la parte demandante, en un intento de utilizar todos los motivos posibles para conseguir la nulidad del laudo arbitral (art. 41 de la LA/2003), trata de demostrar una presunta vulneración del orden público sustentando todas sus pretensiones en: a) la existencia de una incongruencia del laudo arbitral; b) la arbitrariedad del tribunal por decidir, unilateralmente, sobre la cuantía de la indemnización; y, c) la falta de fundamentación jurídica de la decisión del propio Comité dado que ésta presenta unos argumentos «absurdos e ilógicos» y, a su vez, la valoración documental se halla «plagada de errores» muy visibles.

Antes de extractar cada uno de los motivos en los que basa la infracción del orden público, debe reseñarse que uno de los motivos más alegados y recurrentes por las partes es el mencionado en este apartado. Dicho lo cual, es preciso identificar las dos variantes que presenta el orden público, por un lado, en su vertiente «material» y, por otro, en su vertiente «procesal». Si bien, nuestros tribunales nacionales consideran que debe entenderse por orden público en su vertiente material al «conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada» y, a su vez, desde la perspectiva procesal el orden público debe entenderse como el «conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal» (28).

Ahora bien, con independencia de la subdivisión presentada del orden público, los tribunales españoles han considerado que este orden público desde su perspectiva procesal, podría llegar a compararse con el contenido reflejado por el art. 24 de nuestra carta magna —derecho a la tutela judicial efectiva—. En cuyo caso, como bien recuerda el TSJ de Madrid en su propia resolución, la acción de nulidad solo puede ceñirse al análisis de ciertos errores procesales que, realmente,

produjeran una cierta indefensión de las partes durante la celebración del procedimiento arbitral relacionados con las garantías y los derechos más fundamentales —*v.gr.*, «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»— (29).

---

Tanto la intervención del Comité Jurisdiccional de la RFEF, como la resolución del TSJ de Madrid han sido correctas y han cumplido con los cometidos que les han sido encomendados

---

En este caso, a la vista del análisis ya efectuado, se ha podido evidenciar como el tribunal madrileño consideró que: a) en el laudo arbitral de la segunda resolución emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF no se había producido ninguna incongruencia *extra petita* —la indemnización requerida es una *conditio sine quanon* de la cancelación de la licencia federativa del jugador menor de edad—; b) del estudio de los autos recibidos y analizados, se ha podido comprobar que el procedimiento realizado en el seno de la RFEF, se ha llevado con todo tipo de diligencia y cuidado, se ha procedido con el examen de la prueba documental y, del mismo modo, los argumentos esgrimidos por el Comité Jurisdiccional de la RFEF presentan la suficiente lógica y motivación sin desplegar ningún tipo de contradicción o incoherencia; y, c) lo pretendido por la parte demandante alegando la infracción de orden público, no era otra cosa que tratar de que la sala actuase como una segunda instancia, analizase el fondo de la cuestión y, como consecuencia de ello, anulase el laudo arbitral.

Si bien es cierto, sobre este último aspecto, el tribunal consideró que de haber analizado externamente la motivación del laudo, así como de haber realizado una valoración de la prueba, se hubiera excedido en su propio cometido en relación con el procedimiento y la solicitud de la nulidad de un laudo arbitral. El TSJ de Madrid alegó que, de conformidad con el cometido que la ley le confiere, la interpretación que el propio Comité de la RFEF efectúa, es acorde a derecho, no pudiendo entenderse como la «vulneración de un derecho fundamental»; entendiéndose que, dicho procedimiento, únicamente se sustenta en una «mera discrepancia de la valoración de la prueba» por parte del demandante —*Villarreal CF*—.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Finalmente, a la luz de lo expuesto, parece prudente considerar que tanto la intervención del Comité Jurisdiccional de la RFEF, como la resolución del TSJ de Madrid han sido correctas y han cumplido con los cometidos que les han sido encomendados. Sobre este extremo, cabe decir que la resolución del Comité Jurisdiccional, a pesar del exceso producido —incongruencia *extra petita*—, debe considerarse como válida y ajustada a Derecho. Asimismo, de los autos, así como del contenido de la propia resolución del TSJ de Madrid, queda probado que el procedimiento arbitral se realizó con toda la diligencia debida y se practicó y valoró en atención a toda la prueba presentada; además, por

parte del Comité Jurisdiccional fueron aducidos, una serie de argumentos motivados, fundados y que presentaban una lógica racional.

De la misma manera, el TSJ de Madrid, realizó una síntesis correcta de conformidad con la jurisprudencia emitida por los tribunales nacionales sobre cuestiones y materias muy similares a la analizada en el presente texto. Dicho tribunal consideró que, a pesar de que la parte demandante pretendía desnaturalizar su cometido y competencias, no es un tribunal que deba actuar como una sala de segunda instancia; de la misma manera, el TSJ de Madrid valoró correctamente la naturaleza arbitral del Comité jurisdiccional de la RFEF, la existencia del convenio arbitral, así como la posible conculcación del orden público.

Dicho lo cual, en atención a los motivos que han sido expuestos, el TSJ de Madrid acabó desestimando la solicitud de nulidad del laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF de fecha 12 de enero de 2021. Estimando, a su vez, que contra la resolución emitida por el TSJ de Madrid no cabía recurso alguno (art. 42.2º LA/2003). No obstante, si el *Villarreal CF* no se hubiera quedado conforme con dicha resolución y pese a la imposibilidad de recurrir, éste podía haber solicitado la revisión de la citada resolución en virtud de los Arts. 509 y ss. de la Ley 1/2000 en relación con el art. 43 LA/2003.

Ahora bien, con independencia del resultado de este procedimiento y lo extractado a lo largo de la presente alocución, me gustaría recordar que la carrera de los deportistas profesionales suele comenzar incluso antes de que ellos mismos sepan que han alcanzado la categoría de profesional. A menudo, la precocidad de los jugadores hace que se formalicen contratos profesionales con menores de edad mayores de 16 años; contratos en los que, como consecuencia de su poca madurez, deben intervenir los tutores y/o representantes legales de los jugadores menores de edad para la salvaguarda de los intereses personales de estos «pequeños» jugadores.

De hecho, precisamente como consecuencia de su inmadurez, lo que no debería ocurrir en el ámbito del deporte base y/o *amateur*, es que equipos profesionales, obviando la ética, la moralidad, así como los valores inherentes que defendía el mismísimo P. de Coubertin —creador y fundador de los actuales Juegos Olímpicos—, se obnubilen con «pequeñas» estrellas deportivas olvidando que, lo más importante y por encima de todos esos contratos deportivos tan llamativos desde una perspectiva económica, se encuentra el interés superior del menor. Un interés, que debería prevalecer por encima de todo lo anterior; más aún, cuando como consecuencia de un elevado nivel de juego, estos jugadores menores de edad ven truncadas sus carreras deportivas acumulando lesiones prematuras por la exigencia de los entrenamientos y el juego tan físico al que se exponen a una tan pronta edad (30).

## BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal civil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 587-588.

BERMEJO, J., *Derecho para el deporte (Referencia especial al deporte profesionalizado)*, Madrid, Reus, 2020, pp. 38-46.

- CASANOVA, F., «El Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol: naturaleza jurídica del órgano y efectos de sus resoluciones», *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 43, 2019, p. 29.
- CORTÉS, A. y AMORÓS, A., «El TSJ de Madrid reitera la naturaleza arbitral del Comité Jurisdiccional», *Iusport*, 2020.
- DE LA IGLESIA, E., «Las Federaciones deportivas», *Manual de Derecho del deporte* (E. Gamero/A. Millán Dirs.), Madrid, Tecnos, 2021, pp. 164-166.
- GONZÁLEZ, A., «La retención de las licencias de los futbolistas menores de edad», *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad* (A. Millán/J. Rodríguez Coords.), Madrid, Reus, 2020, pp. 138-139.
- LATORRE, J., «Conflictos federativos», *Resolución de conflictos en el deporte: análisis y propuestas* (J. L. Pérez Triviño Coord.), Reus, Madrid, 2019, pp. 59-60.
- MARTÍN, C., «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental», *Foro, Nueva época*, n.º 3, 2006, pp. 120-121.
- MILLÁN, A., *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, Reus, 2022.
- ORTEGA, A., «A vueltas con el ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia [España], de 26 de diciembre de 2019)», *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales. Una perspectiva desde el Derecho Internacional privado* (A. Ortega), Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 21-22.
- OSÉS, B., «Sobre la naturaleza no arbitral de las decisiones del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol comprometida por algunas resoluciones judiciales», *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 47, 2021, p. 67.

(1)  
STSJ Madrid CP 1ª 10 diciembre 2021.

[Ver Texto](#)

(2) Si se quiere ampliar información en relación con las licencias deportivas de los menores de edad en el ámbito del fútbol, *vid.* A. González, «La retención de las licencias de los futbolistas menores de edad», *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad* (A. Millán y J. Rodríguez Coords.), Madrid, Reus, 2020, pp. 138-139.

[Ver Texto](#)

(3) A pesar de que sea un jugador menor de edad, la relación laboral de dicho jugador con el club deportivo se regirá bajo el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial

de los deportistas profesionales. BOE 27.6.1985.

[Ver Texto](#)

- (4) Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, [Disposición derogada]. BOE 12.4.1980. En este sentido, cfr., «Art. 14. Uno. Las Federaciones españolas son entidades que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva dentro del territorio español, gozan de personalidad jurídica y de plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, y se constituyen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente. Dos. Las Federaciones españolas se rigen por la presente Ley y disposiciones que la desarrollen. Tres. No puede constituirse más que una sola Federación para cada modalidad deportiva y ostenta su representación ante la respectiva Federación Internacional. Cuarto. Las Federaciones cuyo ámbito de actuación coincide con el territorio de una Comunidad autónoma o entidad preautonómica pueden participar en competiciones internacionales amistosas, siempre que no lo haga la Federación Española de la misma especialidad deportiva y previa autorización de ésta». Asimismo, *vid.*, E. de la Iglesia, «Las Federaciones deportivas», *Manual de Derecho del deporte* (E. Gamero/A. Millán Dirs.), Madrid, Tecnos, 2021, pp. 164-166.

[Ver Texto](#)

- (5) Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE 17.10.1990.

[Ver Texto](#)

- (6) En relación con el actual Proyecto de Ley del Deporte de 2022, *vid.*, A. Millán, *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, Reus, 2022.

[Ver Texto](#)

- (7) Art. 41 Ley 10/1990, «1. En las Federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal se constituirán Ligas, integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes que participen en dicha competición. 2. Las Ligas profesionales tendrán personalidad jurídica, y gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la Federación deportiva española correspondiente de la que formen parte. 3. Los Estatutos y reglamentos de las Ligas profesionales serán aprobados por el Consejo Superior de Deportes, previo informe de la Federación deportiva española correspondiente, debiendo incluir, además de los requisitos generales señalados reglamentariamente, un régimen disciplinario específico. 4. Son competencias de las Ligas profesionales, además de las que pueda delegarles la Federación deportiva española correspondiente, las siguientes: a) Organizar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva Federación deportiva española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes. b) Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la presente Ley. c) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos previstos en la presente Ley y sus Disposiciones de desarrollo».

[Ver Texto](#)

- (8) J. Bermejo, *Derecho para el deporte (Referencia especial al deporte profesionalizado)*, Madrid, Reus, 2020,

pp. 38-46.

[Ver Texto](#)

(9) [www.laliga.com](http://www.laliga.com) (Consultado el 11 de mayo de 2022).

[Ver Texto](#)

(10) En relación con los distintos métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito deportivo, hay que matizar que para poder acudir a tales procedimientos estos deben estar estipulados y contenidos en los estatutos, así como en los reglamentos internos de las diferentes federaciones deportivas (Art. 88 Ley 10/1990). Dicho lo cual, cfr., J. Latorre, «Conflictos federativos» *Resolución de conflictos en el deporte: análisis y propuestas* (J. L. Pérez Triviño Coord.), Reus, Madrid, 2019, pp. 59-60. Igualmente, *vid.*, [www.rfef.es](http://www.rfef.es) (Consultado el 12 de mayo de 2022).

[Ver Texto](#)

(11) B. Osés, «Sobre la naturaleza no arbitral de las decisiones del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol comprometida por algunas resoluciones judiciales», *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 47, 2021, p. 67.

[Ver Texto](#)

(12) F. Casanova, «El Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol: naturaleza jurídica del órgano y efectos de sus resoluciones», *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 43, 2019, p. 29.

[Ver Texto](#)

(13) Dichos autores, a la vista de su análisis se aventuran, Con el propósito de limitar «el margen de incertidumbre» de conformidad con el procedimiento seguido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF y el procedimiento y la vía para su impugnación, consideran que «sería conveniente que se estableciera una clara diferenciación entre aquellos supuestos en que el Comité Jurisdiccional actúa resolviendo materias correspondientes al ejercicio de las propias funciones federativas y aquellos otros —como las cuestiones relacionadas con intermediarios—, en que dicho órgano interviene decidiendo controversias entre particulares en virtud de cláusula compromisoria arbitral». Cf. A. Cortés/A. Amorós, «El TSJ de Madrid reitera la naturaleza arbitral del Comité Jurisdiccional », *Iusport*, 2020. [www.iusport.com](http://www.iusport.com) (consultado 13 de mayo de 2022).

[Ver Texto](#)

(14) STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020.

[Ver Texto](#)

(15) F. Casanova, «El Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol: naturaleza jurídica del órgano y efectos de sus resoluciones», *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 43, 2019, pp. 19-20.

[Ver Texto](#)

(16) En este sentido, el TSJ de Madrid en su sentencia de 5 de septiembre de 2017 interpretó que, «en los términos apuntados —sin ánimo exhaustivo—, si las partes dan por supuesta la existencia de un convenio arbitral esta Sala ha de aceptar esa realidad y la realidad consiguiente de que la decisión de su controversia al amparo de tal convenio tiene naturaleza de Laudo arbitral. *Vid.*, STSJ Madrid CP 1ª 5 septiembre 2017.

[Ver Texto](#)

(17) Cfr., STSJ Madrid CP 1ª 12 septiembre 2017; STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020, entre otras.

[Ver Texto](#)

(18) Por esta razón, dado que se nos presentaría un arbitraje de carácter privado que debe ser resuelto en el seno interno de la propia federación, concretamente, mediante la intervención del Comité de la RFEF; será dicho organismo el encargado de asegurarse que el procedimiento arbitral tanto en su fase inicial, como en la fase procesal —trámites, prueba, expedientes, etc.—, así como en la resolución del mismo, cumple con lo indicado por el Reglamento General de la RFEF (Arts. 42-48 Reglamento General RFEF).

[Ver Texto](#)

(19) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE 26.12.2003.

[Ver Texto](#)

(20) A. Ortega, «A vueltas con el ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia [España], de 26 de diciembre de 2019)», *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales. Una perspectiva desde el Derecho Internacional privado* (A. Ortega), Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 21-22.

[Ver Texto](#)

(21) STSJ Madrid CP 1ª 10 diciembre 2021 (FD 4º).

[Ver Texto](#)

(22) C. Martín, «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental», *Foro, Nueva época*, n.º 3, 2006, pp. 120-121; T. Armenta, *Lecciones de Derecho procesal civil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 587-588. Por todas, *vid.*,

[Ver Texto](#)

(23) En el hipotético supuesto de que se hubiese llegado a una solución por la vía arbitral mediante la intervención del citado Comité, la RFEF hubiera sido la encargada de hacer cumplir dicho laudo y ejecutarlo (Art. 49 Reglamento General RFEF). No obstante, en este supuesto no ha sido así y el club deportivo valenciano ha decidido acudir ante la jurisdicción ordinaria [Art. 41 apartados a)-f) Ley 60/2003]. Sobre este particular, además de las sentencias referenciadas, *ut supra, vid.*, STSJ Madrid 12 junio 2020; STSJ Cataluña 30 noviembre 2021, entre otras.

[Ver Texto](#)

- (24) STSJ CP 1ª Madrid 26 septiembre 2016; de manera similar, cfr., STS Civ 1ª 9 octubre 1984; STS Civ 1ª 17 septiembre 1985; STS Civ 1ª 17 junio 1987; STS Civ 1ª 28 noviembre 1988; STS Civ 1ª 20 noviembre 1989.
- Ver Texto
- (25) ATS Civ 1ª 4 marzo 2003; ATSJ Cataluña CP 1ª 30 mayo 2012.
- Ver Texto
- (26) ATS Civ 1ª 13 noviembre 2001; ATSJ País Vasco CP 1ª 19 abril 2012; ATSJ Madrid CP 1ª 23 enero 2018.
- Ver Texto
- (27) STS 21 noviembre 1989; STS 13 octubre 1990; STS 28 enero 1991; STS 4 julio 1994; STS 25 mayo 1995; STS 18 octubre 1996; STS 29 febrero 1996; STS 20 octubre 1997; STS 21 enero 2005; STS 21 febrero 2007; STS 5 marzo 2007; STS 19 septiembre 2007, entre otras.
- Ver Texto
- (28) Por todas, *vid.*, STC 1ª 11 febrero 1987; STC 2ª 20 junio 1988; STC 2ª 23 febrero 1989; STC 2ª 8 julio 1991; STC 1ª 15 junio 2020.
- Ver Texto
- (29) ATS Civ 1ª 14 octubre 2003; ATS Civ 1ª 3 de febrero 2004; SAP Madrid 28ª 10 junio 2011; ATSJ Cataluña CP 1ª 25 marzo 2013; ATSJ Madrid CP 1ª 17 febrero 2021, entre otras.
- Ver Texto
- (30) El propio jugador al que se hace referencia en este artículo, «llegó en noviembre de 2020, y tras un primer año en el Roda Juvenil A, Christian está disputando su primera temporada en el Villarreal. A las órdenes de Tasevski. Por desgracia, a causa de una lesión solo ha podido jugar 5 partidos contados. Regresó en el encuentro de Copa del Rey ante el CD Tudelano». [www.esportbase.com](http://www.esportbase.com) (Consultado el 14 de mayo de 2020).
- Ver Texto



## Verificación de la existencia de una cláusula de sometimiento a arbitraje ¿cabe el control de oficio?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 11ª de 10 de febrero de 2022

Verifying the existence of an arbitration agreement. Is it possible *ex officio*?

En esta breve nota se comenta tan solo una de las cuestiones que aborda la SAP Madrid 11ª 10 de febrero de 2022, la referida a la forma en que ha de apreciarse la existencia de una cláusula compromisoria, lo que nos permitirá volver sobre un tema recurrente no solamente en relación con el arbitraje: la petición de que el órgano jurisdiccional utilice su capacidad de actuación de oficio a fin de suplir la inactividad o los errores de alguna de las partes. Una inactividad o unos errores que habrían conducido a un perjuicio para la parte que ésta pretendería resolver instando la actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

Convenio de arbitraje — verificación de oficio por el juez

This short note discusses only one of the issues addressed by the SAP Madrid 11ª 10 February 2022, the one referring to the way in which the existence of an arbitration clause must be assessed, which will allow us to return to a recurring issue not only in relation to arbitration: the request for the court to use its capacity to act *ex officio* in order to make up for the inactivity or errors of one of the parties. An inactivity or errors that would have led to a prejudice to the party that the latter would seek to resolve by requesting the court to act *ex officio*.

Arbitration agreement — *ex officio* review by the judge



Rafael Arenas García

Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona

### I. INTRODUCCIÓN

Resulta, quizás, llamativo, que nos encontremos ante una actuación de oficio que, sin embargo, es instada por alguna de las partes en el proceso; pero esta aparente paradoja no es más que consecuencia de la preclusión de las actuaciones procesales, un principio clave en la organización procesal que exige que las capacidades que otorga la normativa procesal sean ejercidas en el plazo

del que se dispone para ello, perdiendo el derecho a la actuación una vez transcurrido el término fijado (1) . Solamente de esta forma puede organizarse de una manera eficaz el procedimiento, de tal manera que los argumentos de las partes puedan ser expuestos de forma tal que el diálogo en que consiste el proceso permita tanto a unos como a otros exponer sus razones y contestar las que la otra parte arguye. El principio de preclusión, por tanto, condiciona los tiempos y forma en que los argumentos de las partes en el proceso; pero estos límites pueden ser superados cuando el tribunal dispone de la capacidad de introducir consideraciones al margen de lo alegado por las partes, quienes pueden instar esta actuación de oficio como mecanismo sustitutorio de las alegaciones que en su momento no realizaron.

La delimitación del margen del que disponen los tribunales para modificar de oficio el debate procesal es extremadamente delicada en el proceso civil, pues cualquier alteración del principio de alegación de parte puede, potencialmente, afectar al derecho de defensa y al delicado equilibrio que exige la regulación del procedimiento ante los tribunales; pero es que, además, esta delimitación se conecta con la regulación sustancial, tal como veremos a continuación en relación al arbitraje, de tal manera que el régimen de verificación no puede construirse de manera aislada respecto al régimen sustantivo. En el caso del arbitraje el papel esencial que tiene la autonomía de la voluntad en la fundamentación y configuración del instituto explica que las posibilidades de actuación de oficio de los tribunales sean reducidas, tal y como veremos.

Comenzaremos por este segundo punto para, tras él, abordar en qué forma el principio de preclusión incide en el caso sobre el que resolvió la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 10 de febrero.

## II. JURISDICCIÓN Y CLÁUSULA ARBITRAL

### 1. Arbitraje y tribunales ordinarios

El arbitraje, como mecanismo alternativo al judicial, permite a las partes obtener una decisión equivalente a una que hayan dictado los tribunales; esto es posible porque los estados, que mantienen el monopolio del ejercicio legítimo de la coacción, otorgan al laudo arbitral los efectos de una sentencia y facilitan que pueda ser ejecutado en las mismas condiciones que una decisión judicial (2) . De esa forma, el producto privado que es el arbitraje es admitido por el ordenamiento jurídico como obligatorio y susceptible de ejecución forzosa. Sin este reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos estatales el arbitraje no dispondría de fuerza obligatoria y descansaría únicamente en el cumplimiento voluntario, con lo que perdería una de sus características esenciales, su carácter obligatorio.

---

En el caso del arbitraje el papel esencial que tiene la autonomía de la voluntad en la fundamentación y configuración del instituto explica que las posibilidades de actuación de oficio de los tribunales sean reducidas

Ahora bien, el apoyo que recibe el arbitraje por parte del ordenamiento jurídico va más allá, porque incluye —y esto es lo que interesa en relación con el caso que nos ocupa— la posibilidad de impedir que los tribunales entren a conocer de aquellas cuestiones que han sido sometidas a arbitraje. Esto es, una vez llegado al acuerdo de someter un determinado conflicto a arbitraje, cualquiera de las partes podría impedir que la otra parte incumpliera ese compromiso y consiguiera que los tribunales se pronunciaran sobre el conflicto objeto del acuerdo arbitral. Esto es, el acuerdo de arbitraje supone también la exclusión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Esta afirmación genérica, sin embargo, tiene que ser matizada, tal como veremos a continuación.

En primer lugar, hay que descartar que esta exclusión de la jurisdicción sea contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. En algunas ocasiones se ha planteado esta posible contradicción, teniendo en cuenta la exclusividad de la función jurisdiccional que recogen varios textos constitucionales. Ahora bien, se admite de manera generalizada que tanto el ejercicio de la función arbitral, como sustitutiva de la jurisdiccional, como la paralela exclusión de la competencia de los tribunales en las cuestiones sometidas a arbitraje son compatibles con las exigencias constitucionales sobre derecho de acceso a la justicia (3); siempre que el sometimiento a arbitraje sea libremente asumido (4).

Como consecuencia de lo anterior, resultará que el mero sometimiento a arbitraje tendrá consecuencias respecto a la competencia de los tribunales pues, como se ha indicado, ese sometimiento podrá conducir a impedir que la jurisdicción ordinaria se pronuncie sobre las cuestiones sometidas a arbitraje. De esta forma, la exclusión de la competencia de los tribunales como consecuencia del compromiso arbitral está generalmente admitida (5); aunque puede variar su configuración; ya que no es lo mismo que el compromiso arbitral por sí solo excluya la competencia de los tribunales a que sea la alegación de dicho acuerdo arbitral el que tiene como consecuencia la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales estatales se pronuncien sobre el fondo del asunto.

La diferencia no es de mero matiz; puesto que puede afectar a elementos relevantes para la garantía de la tutela judicial; en concreto, para la adopción de medidas cautelares o provisionales en auxilio del arbitraje. Este último es un tema relevante en la práctica arbitral. Como es sabido, es habitual que, incluso existiendo un acuerdo de sometimiento a arbitraje, las partes acudan a los tribunales estatales para obtener medidas cautelares previas al arbitraje o durante la tramitación de éste (6). La competencia para adoptar las medidas cautelares vendrá determinada —con carácter general— bien por la competencia para la ejecución de las medidas, bien por la que resulta de la competencia sobre el fondo, entendiéndose de manera generalizada que los tribunales que pueden pronunciarse sobre el fondo del asunto también podrán hacerlo sobre las medidas cautelares que se les soliciten (7). Esta competencia basada en la existente para decidir sobre el fondo es especialmente importante en las denominadas medidas *ante causam*, aquellas que se solicitan antes de que se inicie el proceso sobre el fondo (8). Si la mera conclusión de la cláusula compromisoria conduce a la exclusión de la competencia de los tribunales que gozarían de ella de no haberse sometido las partes a arbitraje podría comprometerse la competencia de tales tribunales para adoptar medidas

cautelares en auxilio del arbitraje. Como es sabido, este problema se planteó en la sentencia *Van Uden* del Tribunal de Luxemburgo (9), interpretándose en ella que el sometimiento a arbitraje priva a los tribunales que resultarían competentes para conocer del fondo de capacidad para adoptar medidas cautelares en auxilio del arbitraje, aunque aún se conserva la posibilidad de adoptar dichas medidas sobre la base del criterio específico en materia cautelar que recogía el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (el que aplicaba el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Van Uden*) y que en la actualidad se corresponde con el art. 35 del Reglamento 1215/2012 (10).

Así pues, el mero convenio arbitral supondría ya la imposibilidad de que el tribunal que pudiera ser competente para conocer sobre el fondo en caso de que no existiera dicho acuerdo arbitral pudiera pronunciarse sobre las medidas cautelares *ante causam* que pudieran solicitarse. De esta manera, la competencia judicial para la adopción de las medidas cautelares quedaría reducida al tribunal del lugar en el que dichas medidas fueran a ser efectivas, a lo que podría añadirse el del lugar del arbitraje (11). Quizás pudiera, sin embargo, plantearse alguna objeción a este planteamiento; ya que, como veremos, al menos en el caso español, la conclusión del convenio arbitral no priva de competencia a los tribunales estatales; por lo que no debería existir inconveniente para que los que fueran competentes para conocer del fondo de no existir el acuerdo arbitral pudieran adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje.

## 2. Sometimiento a arbitraje y alegación del sometimiento a arbitraje

De acuerdo con lo que se ha visto, el reconocimiento del arbitraje por parte de los ordenamientos jurídicos estatales se proyecta sobre la competencia de los tribunales. Ahora bien, esta incidencia del acuerdo arbitral puede tener diversas traducciones. La más habitual es que habilite a la parte interesada a alegar la cláusula compromisoria ante el tribunal, en el caso de que se haya presentado demanda en relación a la materia sometida a arbitraje. Esta necesidad de alegación está recogida en el art. II.3º del Convenio de Nueva York de 1958 (12), donde se indica que los tribunales de los estados contratantes a los que se someta a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo arbitral, remitirán a las partes al arbitraje «a instancia de una de ellas», a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

De esta forma, el Convenio de Nueva York no exige una verificación de oficio de la existencia de la cláusula compromisoria, sino que las exigencias convencionales se ven satisfechas si las partes disponen de la posibilidad de alegar la cláusula compromisoria, causando dicha alegación la imposibilidad de que los tribunales se pronuncien sobre el fondo del asunto («remitirá a las partes al arbitraje», en los términos del Convenio). El Convenio es, pues, muy cuidadoso a la hora de determinar cómo afecta al arbitraje a la jurisdicción, puesto que este «remitir al arbitraje» no ha de implicar necesariamente que los tribunales vean limitada su jurisdicción, ya que no en todos los supuestos en los que no es posible dictar una sentencia sobre el fondo, esto es consecuencia de la falta de jurisdicción o, ni siquiera de la falta de competencia. Ambas pueden mantenerse y, sin embargo, la sentencia podría no dictarse por la existencia de cualquier otro óbice procesal. Entre estos óbices procesales estaría el arbitraje (13).

Ahora bien, el hecho de que el Convenio de Nueva York no exija una verificación de oficio de la

existencia del arbitraje no impide que los ordenamientos nacionales lleguen a este resultado. No será lo habitual; pero tampoco resulta imposible (14). En el caso de España, sin embargo, la opción seguida por el legislador es la que tan solo la alegación de la cláusula compromisoria impide el conocimiento por parte de los tribunales estatales. Así resulta de lo establecido en el art. 11 de la Ley de Arbitraje, donde se especifica que los tribunales no podrán conocer de las controversias sometidas a arbitraje cuando la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Se aclara también, en relación a lo que habíamos visto en el epígrafe anterior, que el convenio arbitral no impide la solicitud de la adopción de medidas cautelares a los tribunales.

El precepto responde a las exigencias de los instrumentos internacionales, en el sentido de que, como hemos visto, estos no reclaman la abstención de oficio en el caso de sometimiento a arbitraje, sino que basta con que dicha abstención se produzca cuando así lo solicite alguna de las partes. En este caso, además, se concreta la vía que tendrá que utilizar quien esté interesado en hacer valer el sometimiento a arbitraje, que no es otra que la de la declinatoria, planteada en los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda. Tal como veremos en el siguiente epígrafe, transcurrido este plazo sin plantear la declinatoria, ya no será posible impedir, sobre la base del acuerdo arbitral, que los tribunales se pronuncien sobre el fondo de la controversia.

Consecuencia de lo anterior es que la mera existencia del convenio arbitral no afecta a la capacidad de los tribunales para pronunciarse sobre el fondo, la alegación del sometimiento a arbitraje es esencial para que pueda producirse la abstención, lo que descarta, en principio, el control de oficio de la existencia del laudo (15). Cuestión distinta es que la falta de alegación del arbitraje a través de la declinatoria deba considerarse como un sometimiento tácito a los tribunales o una renuncia al arbitraje (16). Entiendo que no existe base para afirmar ninguna de las dos cosas. En lo que se refiere a la sumisión tácita, porque no existe regulación en relación a la sumisión tácita arbitral, debiendo justificarse, en su caso, la extensión al arbitraje de las reglas sobre sumisión tácita en relación a la competencia territorial del art. 56 de la LEC y en lo que respecta a la renuncia al arbitraje, hemos de tener en cuenta que la previsión sobre renuncia al arbitraje que estaba contenida en el art. 11.2º LA/1988 (17) ya no se encuentra en la Ley de Arbitraje vigente. En la Ley de 1988 se establecía que las «partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción (18). La normativa vigente ya no regula esta renuncia tácita al arbitraje, por lo que deberemos aplicar las reglas generales sobre modificación o pérdida de eficacia de las obligaciones contraídas para determinar qué actuaciones determinarán la pérdida de eficacia del acuerdo arbitral. De acuerdo con estas reglas, el no planteamiento en tiempo y forma de la declinatoria arbitral no podrá ser considerado un supuesto de renuncia al arbitraje, ya que para entender que existe tal renuncia deberá interpretarse que hay una voluntad concorde de quienes suscribieron el compromiso arbitral para ponerle fin. Quizás no sea necesario que el acuerdo sea por escrito, aunque la exigencia de que la cláusula compromisoria adopte esta forma (art. 6 LA).

Así pues, el no planteamiento en tiempo y forma de la declinatoria arbitral permitirá que los tribunales entren a conocer de la cuestión planteada, pese a que estuviera afectada por la cláusula

compromisoria, sin que sea necesario entender que esa falta de alegación del arbitraje supone renuncia al mismo o sumisión tácita a los tribunales. Tal como veremos, las consecuencias procesales de que entendemos que no se producen tal renuncia y sumisión no son relevantes y, en concreto, no habilitan al control de oficio del arbitraje, como veremos en el siguiente epígrafe; pero no dejarán de desplegar otras consecuencias.

### III. ALEGACIÓN DEL ARBITRAJE, PRECLUSIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES Y CONTROL DE OFICIO

Indicábamos al comienzo de esta nota que en este caso nos encontrábamos ante una solicitud de actuación de oficio; esto es, ante lo que podríamos denominar un control de oficio a instancia de parte (aunque el tribunal lo rechaza). Tal como entonces se adelantaba, no es un supuesto infrecuente, que se explica a partir de la preclusión de los actos procesales, una preclusión que afecta también a la alegación de la existencia de un sometimiento a arbitraje. Dado que la preclusión impide que las partes puedan realizar alegaciones de forma extemporánea, una vez agotado el plazo para ello, a la parte le queda la posibilidad de excitar la actuación del tribunal si éste goza de la capacidad de apreciar de oficio lo que la parte no alegó oportunamente. No es extraño, por tanto, que en materia de competencia judicial, litispendencia y también sometimiento a arbitraje se intente recurrir con cierta frecuencia a este mecanismo con el fin de paliar las consecuencias de haber dejado transcurrir un plazo o, también, no haber realizado la alegación de forma correcta o completa (19).

Ahora bien, precisamente el carácter excepcional al recurso a la actuación de oficio por parte del juzgador precisa, por lo general, que exista alguna previsión expresa que habilite dicha actuación, máxime cuando, como sucede en relación a la alegación del sometimiento a arbitraje, la normativa exige —como hemos visto— que la cláusula compromisoria sea alegada por la parte a quien interese. En esas circunstancias no parece posible justificar una verificación de oficio por parte del tribunal de la existencia de la sumisión a arbitraje, por lo que la única vía para conseguir que los órganos jurisdiccionales la aprecien es el planteamiento en tiempo y forma de la declinatoria arbitral. Esta conclusión se ve reforzada porque en ningún momento se incluye el sometimiento a arbitraje como uno de los supuestos de verificación de oficio de la competencia judicial en los arts. 36 y 37 LEC. En lo que se refiere al art. 36 (extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles), esta abstención de oficio se prevé solamente en supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, cuando se trate de una competencia exclusiva de un Estado extranjero en función de lo previsto en un tratado o convenio internacional del que España sea parte o cuando no comparezca el demandado si la competencia de los tribunales españoles solamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes. El art. 37, por su parte, prevé también la abstención de los tribunales civiles cuando el asunto corresponda a la jurisdicción militar, a una administración pública o al Tribunal de Cuentas. También cuando se sometan a los tribunales civiles asuntos que corresponden a otro orden jurisdiccional.

En el caso resuelto por la SAP de Madrid de 10 de febrero de 2022 nos encontramos con dos demandados apelantes (D.<sup>a</sup> Lorena y Don Gustavo, en los nombres adjudicados por la base de datos

CENDOJ). La actuación procesal de ambos no es coincidente, pues mientras D.<sup>a</sup> Lorena compareció y contestó a la demanda, Don Gustavo no compareció en la primera instancia, limitándose a recurrir en apelación la sentencia que en su día se dictó. Esta diferencia de estrategias merece algún comentario, ya que mientras en el caso de D.<sup>a</sup> Lorena es evidente que no concurre ninguna de las circunstancias previstas en los arts. 36 y 37 de la LEC que habilitan para el control de oficio de la competencia; en el de Don Gustavo podríamos plantearnos si el hecho de que no hubiera comparecido en primera instancia habilitaría la posibilidad que ofrece el art. 36.2.3º de la LEC: control de oficio cuando el demandado no comparezca.

Ciertamente, este precepto no sería de aplicación directa, puesto que aquí no se está verificando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles (que es lo que regula el art. 36 de la LEC); sino un supuesto diferente; pero es cierto también que no es imposible la aplicación analógica de disposiciones en casos que no son los que integran el supuesto de hecho de la norma, pero con los que se existe identidad de razón. Y aquí hemos de tener en cuenta que en su momento se argumentó esta identidad de razón para extender a la sumisión a tribunales extranjeros las reglas sobre sometimiento a arbitraje (20) ; por lo que podría no ser completamente descabellado intentar completar la regulación del arbitraje con la de la competencia judicial internacional.

Si se hiciera esto, sería posible que los tribunales apreciaran de oficio la existencia de una cláusula compromisoria en aquellos casos en los que el demandado no comparece. Entiendo, sin embargo, que esta no es una solución correcta, ya que el primer requisito para que podamos recurrir a una aplicación analógica es que exista una laguna y en este caso esta laguna no existe, puesto que tanto el art. 39 LEC como el 11 de la Ley de Arbitraje prevén que sea mediante declinatoria que se alegue el sometimiento a arbitraje. La voluntad del legislador parece clara y, por tanto, no existen elementos que justifiquen esa aplicación analógica del art. 36.2.3º de la LEC.

---

El acuerdo de sometimiento a arbitraje no priva de competencia a los tribunales que la tuvieran, por lo que ninguna razón de coherencia exige que se proceda al control de oficio de la cláusula compromisoria

---

Esta exclusión de la analogía es, además, coherente con las diferencias existentes entre la regulación de la competencia judicial internacional y el arbitraje. En lo que se refiere a la competencia judicial internacional, la regla del art. 36.2.3º tiene como función evitar que el tribunal se vea obligado a dictar una decisión sobre el fondo si carece de competencia para ello. Fijémonos que la abstención se produce cuando el demandado no ha comparecido, no se ha producido, por tanto, la sumisión tácita de éste y no existe ningún otro criterio de competencia que justificara la competencia del tribunal ("en los casos en los que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes", indica este precepto). De esta manera, de no existir la regla del art. 36.2.3º de la LEC tendríamos que entender modificado el régimen de la competencia judicial internacional para añadir un criterio adicional que podría

formularse de la siguiente forma: los tribunales españoles serán competentes cuando el demandado no comparezca y no nos encontremos ante un supuesto de control de oficio de la competencia judicial internacional. Precisamente para no introducir este criterio adicional de competencia, es por lo que resulta imprescindible exigir el control de oficio de la competencia en los casos en los que los tribunales españoles son incompetentes y el demandado no comparece (21).

En el caso del arbitraje, como hemos visto, el acuerdo de sometimiento a arbitraje no priva de competencia a los tribunales que la tuvieran, por lo que ninguna razón de coherencia exige que se proceda al control de oficio de la cláusula compromisoria. Es más, esta ausencia de control de oficio se acompaña con la previsión sobre la necesaria alegación del arbitraje por la parte a quien interese, de tal manera que la única forma en que podrá apreciarla el tribunal será por medio de la declinatoria arbitral (arts. 11 LA y 39 LEC).

Como hemos adelantado, esta regulación es compatible con las exigencias internacionales de España, porque si bien obliga a una especial diligencia, en tanto en cuanto el arbitraje deberá ser alegado mediante declinatoria en los diez primeros días del plazo para contestar la demanda (22); no es mayor que se exige en relación a la declinatoria internacional. Algún autor ha mantenido que un plazo tan breve podría ser contrario a la eficacia del arbitraje, sobre todo si consideramos arbitrajes internacionales (23); pero no creo que exista base legal para llegar a otra solución, exigiendo que tan solo cuando haya constancia de la renuncia al arbitraje podrían los tribunales entrar a conocer sobre el fondo del asunto (24). La norma es clara con la exigencia de que el sometimiento a arbitraje se plantee por medio de declinatoria y de acuerdo con el procedimiento que rige este trámite. De esta manera, si no se plantea en tiempo y forma la declinatoria, los tribunales ordinarios ante los que se haya presentado demanda deberán seguir conociendo hasta dictar una sentencia sobre el fondo.

Cuestión distinta es que el defectuoso o infructuoso planteamiento de la declinatoria suponga no solamente la imposibilidad de impedir que los tribunales se pronuncien sobre el fondo sino también la renuncia al compromiso arbitral y la pérdida de efectos de éste. Tal como adelantábamos en el epígrafe anterior, no existe base positiva para sostener tal cosa y hemos de tener en cuenta que la proyección del acuerdo arbitral sobre la competencia de los tribunales es solamente una de las posibles. El acuerdo arbitral es también un compromiso entre las partes que establece obligaciones de hacer y no hacer que, en caso de ser vulneradas podrían implicar la exigencia de la indemnización por los daños sufridos (25). De la misma forma, en algunas jurisdicciones se puede ordenar judicialmente a quienes han concluido un acuerdo de sometimiento a arbitraje que no inicien procedimientos judiciales en contra de lo establecido en el compromiso arbitral o renuncien a los que ya se han iniciado (*antisuit injunctions*) (26). Todos estos efectos del compromiso arbitral se podrían mantener incluso aunque se continuaran desarrollando actuaciones ante los tribunales porque no se planteó o fue rechazada la declinatoria arbitral. Obviamente no es la situación ideal la de que se esté desarrollando un procedimiento judicial en relación a un asunto en el que existe una cláusula compromisoria eficaz; pero el derecho es el arte de gestionar la imperfección y la contradicción.



## IV. CONCLUSIÓN

La SAP Madrid 10 de febrero de 2022 se ocupa tangencialmente de una cuestión que no plantea excesivas dudas (no es posible que el juez aprecie de oficio el que la cuestión objeto del litigio está afectada por una cláusula compromisoria); pero nos permite volver sobre un tema que nunca dejará de tener actualidad: la relación entre arbitraje, jurisdicción y competencia y la diferencia entre el fracaso de la excepción arbitral ante los tribunales y la renuncia al arbitraje. Este último punto es, sin duda, discutible y seguramente tanto la práctica como la doctrina volverán a él.

La regulación española vigente es coherente con las obligaciones internacionales asumidas por España; pero estas obligaciones admiten diferentes modulaciones. En algunos puntos la regulación carece de concreción; así, por ejemplo, en las condiciones para la renuncia al arbitraje, lo que puede plantear algunas dificultades. Esto sirve de base para diferencias de interpretación sobre las consecuencias del planteamiento defectuoso de la declinatoria por existencia de un compromiso arbitral que quizás fuera conveniente resolver, si es necesario mediante una actuación legislativa.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nota a la STS de 12 de enero de 2009", *REDI*, 2009, vol. LXI, n.º 1, pp. 227-230

ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996

ARIAS LOZANO, D., "Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal", en *id.* (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005

CALVO CARAVACA, A.L., "Medidas cautelares y Arbitraje Privado Internacional", *La Ley*, 2004, n.º 6128, ref. D-232

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995

CUCARELLA GALIANA, L.-A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004

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., "Arbitraje comercial internacional", en J.C. Fernández Rozas/R. Arenas García/P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 6ª ed. 2020, pp. 675-789

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Arbitraje y justicia cautelar", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 6ª ed. 2021

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996

KASSIS, A.: *Problèmes de base de l'arbitrage*, París, LGDJ, 1987

LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989

MERINO MERCHÁN, J.F./ CHILLÓN MEDINA, J.M.<sup>a</sup>, "La excepción de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-89, pp. 235-244

PUIG BLANES, F de P., "Capítulo I. Cuestiones Generales", en F.J. Sospedra Navas (coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2008, t. I, pp. 45-324

REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000

REQUEJO PAGÉS, J.L., "La nueva configuración del arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pp. 51-70

ROBERT, J.: *L'arbitrage droit interne droit International privé*, París, Dalloz, 6ª ed. 1993

RUBINO-SAMMARTANO, M.: *International Arbitration Law*, Deventer/Boston, Kluwer, 1990

SCHLOSSER, P.: *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 2ª 1989

.....

(1)

Vid.. F.P. Puig Blanes, "Capítulo I. Cuestiones Generales", en F.J. Sospedra Navas (coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2008, t. I, pp. 45-324, pp. 52-53.

[Ver Texto](#)

(2) Vid.. Art. 517.2.2º LEC y art. 44 LA (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, BOE, 26.12.2003).

[Ver Texto](#)

(3) Vid.. J.L. Requejo Pagés, "La nueva configuración del arbitraje", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-1989, pp. 51-70, esp. pp. 53-55; A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage*, París, LGDJ, 1987, t. I, p. 25; A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 55-56.

[Ver Texto](#)

(4) *Vid.*, v.gr., la STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, ECLI:ES:TC:2018:1.

[Ver Texto](#)

(5) *Vid.* J.F. Merino Merchán/ J.M.<sup>a</sup> Chillón Medina, "La excepción de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 235-244; A.M. Lorca Navarrete, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989, p. 62; J. Robert, *L'arbitrage droit interne droit International privé*, París, Dalloz, 6<sup>a</sup> ed. 1993, p. 101; M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Deventer/Boston, Kluwer, 1990, pp. 156-160; P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 2<sup>a</sup> 1989, pp. 302-304

[Ver Texto](#)

(6) *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje comercial internacional", en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 6<sup>a</sup> ed. 2020, pp. 675-789, pp. 753-757; *id.*, "Arbitraje y justicia cautelar", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60, p. 34. La competencia de los tribunales estatales para la adopción de estas medidas puede resultar explícitamente del acuerdo arbitral. Éste, sin embargo, también puede explícitamente rechazar la posibilidad de que las partes acudan a los tribunales ordinarios a solicitar la adopción de medidas cautelares (con lo que solamente los árbitros podrían adoptarlas) o dejar abierta la cuestión, lo que, a salvo de lo que establezcan los reglamentos arbitrales aplicables, conduciría a la competencia de los tribunales para la adopción de tales medidas de acuerdo con los criterios de competencia judicial internacional que resultaran pertinentes para el caso. Hay que recordar, sin embargo, que el art. VI.4 de la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Ginebra de 1961) prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales o cautelares a una autoridad judicial, sin que esa solicitud pueda ser entendida como sumisión del fondo del asunto al tribunal de justicia. *Vid.* A.L. Calvo Caravaca, "Medidas cautelares y Arbitraje Privado Internacional", *La Ley*, 2004, núm. 6128, ref. D-232, núms. 56 y ss.

[Ver Texto](#)

(7) *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 6<sup>a</sup> ed. 2021, pp. 197-198.

[Ver Texto](#)

(8) *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 45 para las medidas *ante causam* en el marco de un procedimiento judicial y pp. 200 y ss. sobre las medidas cautelares en auxilio del arbitraje. Sobre algunos problemas específicos que plantean las medidas cautelares *ante causam* en auxilio de un procedimiento arbitral, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y justicia cautelar", *loc. cit.*, pp. 37-38.

[Ver Texto](#)

(9) STJ 17 de noviembre de 1998, C-391/95, *Vand Uden Maritime BV y Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Lines y otros*, ECLI:EU:C:1998:543.

[Ver Texto](#)

(10) En el caso *Van Uden* el arbitraje ya se había iniciado, pero el tribunal basa su decisión no en el inicio del arbitraje, sino en el convenio arbitral, *vid.* los nºs 23 y 24 de la Sentencia: "23. No obstante, en el asunto principal, el contrato firmado entre Van Uden y Deco-Line contiene un convenio arbitral. 24. Procede señalar que, cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existient, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio. De ello se deduce que una parte de tal contrato no tiene la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales o cautelares ante un tribunal estatal competente, en virtud el Convenio, para conocer sobre el fondo".

[Ver Texto](#)

(11) *Vid.* F. J. Garcimartín Alférez, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 205. En la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, BOE 26.12.2003) se establece que los tribunales que tendrán competencia territorial para la adopción de medidas cautelares en apoyo del arbitraje serán los del lugar en el que el laudo haya de ser ejecutado y, en defecto del criterio anterior, los del lugar en el que las medidas hayan de producir su eficacia (art. 8.3º).

[Ver Texto](#)

(12) Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrajes extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Instrumento de Adhesión de España, BOE 11.7.1977). Esta era ya la solución del Protocolo sobre cláusulas de arbitraje de 1923 (*Gaceta de Madrid*, 8.5.1926: "Los Tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el art. 1º, y que incluya acuerdo de arbitraje válido en virtud de dicho artículo y susceptible de aplicación, lo someterá, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros").

[Ver Texto](#)

(13) En el Protocolo de Ginebra de 1923 (*vid.* nota anterior) se añadía la aclaración de que "Esta inhibición no prejuzgará la competencia de los Tribunales en el caso de que, por cualquier motivo, el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule". De acuerdo con esta indicación parecería que en tanto el acuerdo fuera válido sí deberíamos entender que lo que impide el pronunciamiento sobre el fondo es, precisamente, la falta de competencia derivada del acuerdo arbitral.

[Ver Texto](#)

(14) *Vid.* P. Schlosser, *op. cit.*, pp. 302-303.

[Ver Texto](#)

(15) *Vid.*, por ejemplo, L.-A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 128: "En definitiva, el control de la falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje no puede desarrollarse de oficio, sino a instancia de parte".

[Ver Texto](#)

(16) *Ibíd.*

[Ver Texto](#)

(17) Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, BOE 7.12.1988.

[Ver Texto](#)

(18) Sobre este precepto, *vid.* F. Cerdón Moreno, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 73-77, poniendo de relieve las vacilaciones jurisprudenciales sobre su aplicación (esp. P. 74, n. núm. 36). *Vid.* también la STS (Sala Civil) de 31 de marzo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:1951.

[Ver Texto](#)

(19) *Vid.*, por ejemplo, la SAP Islas Baleares 3ª 4 de mayo de 2016, ECLI:ES:APIB:2016:734, en la que se había planteado la falta de competencia de los tribunales españoles en un litigio en materia sucesoria por carecer el causante de domicilio en España y a partir de la consideración de la LOPJ. Desestimada la declinatoria, el demandado intentó de nuevo plantear la falta de competencia sobre la base de una norma que no había sido considerada en la declinatoria, en concreto el convenio en materia de sucesiones entre España y Grecia del año 1919. Dado que ya no podía volver a plantearse la falta de competencia por vía de declinatoria, se instó al órgano jurisdiccional que estaba conociendo a que apreciara de oficio su falta de competencia. *Vid.* también, para más detalles, la decisión de primera instancia, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Palma de Mallorca de 10 de abril de 2015.

[Ver Texto](#)

(20) *Vid.* R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 238-255.

[Ver Texto](#)

(21) De hecho, el problema que se plantea es que en virtud de la previsión del art. 404 de la LEC, se ha producido abstenciones por falta de jurisdicción o competencia del Tribunal sin dar oportunidad a la parte demandada de someterse tácitamente, lo que limita la eficacia de este criterio de competencia.

[Ver Texto](#)

(22) Según lo previsto en el art. 11 LA y en el art. 64 LEC en relación al 39 de la misma norma.

[Ver Texto](#)

(23) *Vid.* D. Arias Lozano, "Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal", en *id.* (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pp. 101-109, pp. 105-106.

[Ver Texto](#)

(24) *Ibid.*, p. 106.

[Ver Texto](#)

<sup>(25)</sup> *Vid.*, en relación a una cláusula de sumisión a tribunales extranjeros la STS (Civil) de 12 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:263. *Vid.* la nota a esta sentencia de S. Álvarez González en *REDI*, 2009, vol. LXI, n.º 1, pp. 227-230.

[Ver Texto](#)

<sup>(26)</sup> En este caso se trataría de una "*Obligation-based antisuit injunction*", *vid.* M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 61-62.

[Ver Texto](#)

## Prohibición de revisión del fondo del asunto en sede de execuátur de laudos arbitrales extranjeros

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 marzo de 2022

Prohibition of review as to the substance in the context of enforcement of foreign arbitral awards

En el Auto del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 2022 se acuerda conceder al execuátur en España de un laudo arbitral dictado en Suiza. Si bien como la parte demandada no alega, ni prueba ningún motivo de oposición a dicho execuátur, el TSJ procede a analizar los motivos de denegación que puede alegar de oficio, entre los que se encuentra la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado requerido, no encontrando que se haya vulnerado de forma alguna el orden público español.

Aunque, tal y como señala el TSJ, el principio de ausencia de revisión en cuanto al fondo rige el Convenio de Nueva York de 1958, lo cierto es que en ocasiones tiene un difícil encaje con el análisis del orden público. Así que, más allá del análisis del Auto en cuestión, se ha procedido a estudiar cuándo los tribunales han aplicado el orden público en sede del execuátur y cuando lo vienen utilizando en sede de anulación del laudo. En sede de execuátur se sigue una interpretación restrictiva del concepto de orden público, quizás porque el Convenio de Nueva York de 1958 acoge un sistema simplificado de obtención de execuátur, que favorece la eficacia internacional del laudo arbitral. Sin embargo, en sede de anulación de laudos, desde el año 2015, los tribunales han venido recurriendo a una interpretación extensiva del orden público, tendencia que ha cambiado a raíz de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional.

Laudos arbitrales extranjeros — convenios arbitrales — reconocimiento y ejecución — execuátur, recurso de anulación — Convenio de Nueva York de 1958 — Ley española de Arbitraje de 2003

In decision of the High Court of Madrid of 9th March 2022, it is agreed to grant the *exequatur* in Spain of an arbitration award issued in Switzerland. Although as the *defendant* does not allege, nor does it prove any reason for opposition to said *exequatur*, the TSJ proceeds to analyze the reasons for refusal that it can allege *ex officio*, among which is the manifest annoyance with the public policy of the requested State, not finding that the Spanish public policy has been violated in any way.

Although, as the TSJ points out, the principle of absence of review as to the substance governs the New York Convention of 1958, the truth is that sometimes it has a difficult fit with the analysis of public policy. So, beyond the analysis of the decision in question, we have proceeded to study when the courts have applied public order in the context of the *exequatur* and when they have been using it in the context of annulment of the award. In the case of *exequatur*, a restrictive interpretation of the concept of public policy is followed, perhaps because the New York Convention of 1958 includes a simplified system for obtaining *exequatur*, which favors the international effectiveness of the arbitral award. However, in the case of annulment of awards, since 2015, the courts have been resorting to an extensive interpretation of public policy, a trend that has changed as a result of the latest rulings of the Constitutional Court.

Foreign arbitral awards — arbitral clauses — recognition and enforcement — *exequatur* — request of annulment New York Convention of 10 June 1958 — Spanish arbitration law of 2003



**María José Castellanos Ruiz**

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid*

## **I. INTRODUCCIÓN DEL AUTO DEL TSJ DE MADRID DE 9 DE MARZO DE 2022, RELATIVO AL EXECUÁTUR EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN SUIZA**

Con fecha de 20 de octubre de 2021 tuvo entrada en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, de Madrid una demanda de reconocimiento de un laudo arbitral suizo de 5 de julio de 2021, presentada por la empresa demandante Mir Trade AG, contra Natural Mining Resources1926 S.L, la entidad demandada (1) .

A continuación, a través de un Decreto de 22 de octubre de 2021 fue admitida la demanda a trámite, y se acordó realizar el traslado de la misma junto con todos sus documentos anexos a la parte demandada a fin de que en el plazo de treinta días se personase en el procedimiento, formulando oposición si así lo considerase. Al mismo tiempo se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal (2) .

Sin embargo, la entidad demandada deja transcurrir el plazo para contestar a la demanda, por lo que por Diligencia de Ordenación de fecha 12 de enero de 2022 se acuerda la declaración de rebeldía. Por su parte el Ministerio Público considera que procede estimar la demanda (3) .

## **II. ANÁLISIS DEL AUTO DEL TSJ DE MADRID DE 9 DE MARZO DE 2022**

La demanda que tiene como resultado este Auto tiene por objeto el reconocimiento, a efectos de la ejecución, del laudo arbitral dictado en Zúrich (Suiza) por el Centro Suizo de Arbitraje el día 5 de julio de 2021 y que puso fin al procedimiento instado por la entidad Mir Trade AG, como consecuencia del incumplimiento contractual de la empresa Natural Mining Resources1926 S.L. En dicho laudo se condena a ésta al pago de ciertas cantidades importantes de dinero (4) .

Mir Trade AG señala en la demanda que el laudo ha devenido firme el 5 de julio de 2021. Aunque sobre este asunto el TSJ de Madrid no realiza ninguna observación, salvo que lo acredita con la correspondiente documentación que acompaña al laudo, lo cierto es que no es necesario que el laudo sea firme para que éste pueda ser reconocido, puesto que no se trata del reconocimiento de una sentencia, que en cuyo caso sí que ha de ser firme para que pueda ser reconocida y ejecutada. Sin embargo, sí es necesario que el laudo sea obligatorio en el Estado de origen para que efectivamente sea reconocido y ejecutado en otro Estado (5) .



En el Auto del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 2022, se establece en primer lugar, de forma breve la regulación del executur de laudos arbitrales extranjeros en España. Después se recoge también de forma concisa el procedimiento de executur de laudos extranjeros en el Convenio de Nueva York de 1958 (6).

Se pasan a enumerar brevemente las causas de denegación del executur del laudo arbitral, recogidas en el Convenio de Nueva York de 1958, en virtud de las cuales Natural Mining Resources 1926, S.L. se podía haber opuesto al reconocimiento del laudo. Para posteriormente, proceder a explicar las causas de denegación del executur que son apreciables de oficio por el TSJ de Madrid, en virtud del Convenio de Nueva York de 1958. Entre dichas causas de denegación la que adquiere mayor relevancia es la vulneración del orden público, por lo que será analizada en profundidad. En este sentido, además de definir las vertientes del orden público, como son su vertiente procesal y material, se procederá a la distinción entre el orden público en sede de executur y al orden público en sede de anulación. Si bien, a raíz de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, las diferencias entre ambos son menores.

Para finalmente llegar a la conclusión a la que llega el TSJ en el Auto objeto de estudio, que es la imposibilidad por parte de los jueces de la revisión del fondo del asunto, con la única excepción que es la contrariedad con el orden público español, y que en relación con el laudo suizo el tribunal constata que esto no se ha producido, por lo que procede al reconocimiento del laudo arbitral, para su ejecución (7).

## 1. Regulación del executur de laudos arbitrales extranjeros en España

El TSJ de Madrid en este Auto establece las normas aplicables al executur de laudos arbitrales extranjeros en España y que son de aplicación en relación con el executur del laudo suizo. Sin embargo, no señala nada en relación a las normas en virtud de las cuales se ha declarado competente para dicho reconocimiento del laudo; aunque se van a explicar en primer lugar.

### A) Órganos competentes

Efectivamente, en el laudo no se señala nada en relación a qué tribunales son competentes para el executur del laudo suizo. En este sentido, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es competente para el conocimiento de la presente demanda de executur del laudo suizo, en virtud de lo establecido en los arts. 73.1º.c) LOPJ y 8.6º LA.

Como Salas de lo Civil, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para librar también el executur de las resoluciones arbitrales extranjeras, no sólo de los laudos arbitrales, tal y como señala el art. 73.1º.c) LOPJ (8).

En cuanto a la competencia territorial, tal y como señala el art. 8.6 de la Ley española de Arbitraje, es competente: a) En primer lugar, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento; o también, alternativamente, la Sala que corresponda al lugar del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos; b) En segundo lugar, en

defecto de los dos criterios anteriores, la Sala que corresponde al lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos (9) . Por lo tanto, es competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al cumplirse uno de estos requisitos.

### **B) Normas aplicables al execuátur de laudos arbitrales extranjeros en España**

De conformidad con lo previsto en el art. 46.2º de la Ley española de Arbitraje, el execuátur de laudos extranjeros se regirá en sus aspectos sustantivos por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (10) .

Todos los aspectos relativos al procedimiento del execuátur de los laudos arbitrales extranjeros se rigen por el art. IV del Convenio de Nueva York de 1958. Sin embargo, en los aspectos no regulados por dicho precepto, son de aplicación las «normas de procedimiento» españolas (art. 46.2º *in fine* de la Ley española de arbitraje: «*el execuátur de laudos extranjeros (...) se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*» (11) . Por lo tanto, las normas procesales aplicables serían las previstas en los arts. 50 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (12) .

Estas son las normas aplicables al execuátur de laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, el TSJ de Madrid aunque señala que efectivamente es de aplicación el Convenio de Nueva York de 1958, a continuación, procede a repasar los preceptos de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, concretamente los arts. 1, 42 y 46; que en mi opinión no es necesario (13) . Si bien, aunque el tribunal no fundamenta en dichos preceptos su argumentación para dictar el fallo, sí que le sirven para justificar que, el procedimiento de execuátur, ya sea de una sentencia judicial o de un laudo arbitral, no se puede utilizar para que los tribunales procedan a realizar una revisión del fondo del asunto. Con respecto al mismo, el TSJ de Madrid señala, de manera acertada, que se trata de un procedimiento de naturaleza declarativa, con el fin de que el tribunal realice un control de los elementos extrínsecos de la decisión arbitral extranjera que es objeto de homologación, otorgándole al laudo el carácter de título idóneo para proceder a su ejecución (14) .

Efectivamente, la mención a las normas de producción interna españolas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras no ha lugar, puesto que se trata del execuátur de un laudo arbitral suizo. En este sentido, el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras es el texto más relevante en la materia (15) . Esto es como consecuencia no sólo del gran número de Estados que son parte, sino de la regulación sustantiva del execuátur de los laudos extranjeros que contiene, pensada para favorecer la ejecución extraterritorial de laudos arbitrales y la circulación internacional de los mismos, de forma que los laudos arbitrales dictados en el extranjero no se queden en papel mojado (16) .

Es un sistema muy favorable al reconocimiento y execuátur de los laudos arbitrales extranjeros porque la mayor parte de las causas de denegación deben ser alegadas por la parte demandada (art. V) (17) . Se manifiesta además, el objetivo de favorecer en la mayor medida de lo posible el execuátur del laudo extranjero en que el Convenio de Nueva York de 1958 establece un número muy limitado

de motivos de denegación del executur (art. V); se permite expresamente el executur del laudo arbitral recurrido en el país de origen (art. VI); y el juez del executur dispone de un amplio margen de discrecionalidad (18).

Para España, el Convenio de Nueva York de 1958 tiene carácter *erga omnes*, es decir, que el convenio se aplica con independencia del Estado en el que se hubiera dictado el laudo y el Estado del que es nacional el demandante del mismo (19).

## 2. Procedimiento de executur de laudos extranjeros en el Convenio de Nueva York de 1958

El procedimiento de executur previsto en el Convenio destaca por su sencillez documental. En virtud del art. IV del Convenio de Nueva York de 1958, el interesado en el executur del laudo arbitral sólo está obligado a aportar (20) : a) el original debidamente autenticado de la sentencia o laudo arbitral o una copia de ese original (21) ; b) y el original del convenio arbitral o una copia autenticada (22).

En este sentido, el TSJ de Madrid señala que se ha presentado junto con la demanda, testimonio o copia del laudo arbitral, el cual reúne las condiciones para su autenticidad, apostilla y, en su caso, traducción del mismo (23). En definitiva, se cumplen los requisitos formales del art. IV del Convenio de Nueva York de 1958.

En teoría, la falta de cumplimiento de estos requisitos formales (copia autenticada y traducción) de dichos documentos comporta el rechazo del executur (24). Sin embargo, estos requisitos son subsanables, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Auto de 17 de noviembre de 2011 (25).

Además, la entidad demandada Natural Mining Resources<sup>1926</sup>, S.L. no se opone al reconocimiento alegando ningún motivo de denegación, sino que deja transcurrir el plazo sin contestar a la demanda, por lo que se acuerda la declaración en rebeldía. No obstante, la misma se personó en la causa a través de un escrito presentado el 13 de enero de 2022, para comunicar que se encontraba inmersa en un procedimiento concursal (26).

Se pasan a enumerar brevemente las causas de denegación del executur del laudo arbitral, recogidas en el Convenio de Nueva York de 1958, en virtud de las cuales Natural Mining Resources<sup>1926</sup>, S.L. se podía haber opuesto al reconocimiento del laudo. Para posteriormente, proceder a explicar las causas de denegación del executur que son apreciables de oficio por el TSJ de Madrid, en virtud del Convenio de Nueva York de 1958.

## 3. Renuncia por las partes a las causas de denegación del executur en el Convenio de Nueva York de 1958 que han de ser alegadas y probadas a instancia de parte

Las causas de denegación del executur de los laudos arbitrales extranjeros previstas en el Convenio de Nueva York de 1958 son siete, tal y como señala en su art. V.

Es importante destacar que la mayoría de las causas de denegación del reconocimiento sólo pueden

examinarse «a instancia de parte» (art. V.1º). Es la parte que se opone al *execuátur* del laudo arbitral extranjero la que debe alegar alguno de los motivos contemplados en el Convenio de Nueva York de 1958, y es la parte que alega dichos motivos de denegación, quien tiene la carga de la prueba (27). Estas causas oponibles a instancia de la parte contra la que se solicita el *execuátur* son cinco: a) Incapacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral o inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral; b) Inobservancia de los derechos de defensa; c) Incongruencia del laudo arbitral; d) Constitución irregular del Tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral; e) Sentencia arbitral no obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

Tales motivos también los enumera el TSJ de Madrid en el Auto del que es objeto el presente comentario (28).

En este sentido, la entidad demandada Natural Mining Resources 1926, S.L. no se opone al reconocimiento alegando ningún motivo de denegación, sino que deja transcurrir el plazo sin contestar a la demanda, por lo que se acuerda la declaración en rebeldía. No obstante, la misma se personó en la causa a través de un escrito presentado el 13 de enero de 2022, para comunicar que se encontraba inmersa en un procedimiento concursal (29).

---

El art. 6 LA constituye una renuncia tácita al derecho a oponerse al *execuátur*, si la parte no impugna de manera inmediata la infracción de la norma dispositiva de que se trate; en cuyo caso se procedería al *execuátur* del laudo arbitral

---

Entre los motivos que puede alegar la parte contra la cual se invoca el laudo arbitral, se encuentra el contemplado en el art. V.1º.b) del Convenio, relativo a la vulneración de los derechos de defensa, concretamente: i) que la parte demandada no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o ii) que no haya podido, por cualquier razón, hacer valer sus medios de defensa. Pues bien, las partes de un convenio arbitral no pueden renunciar *ex ante* a su derecho a oponer este motivo, ya que constituye una parte esencial del derecho a un proceso justo («*due process*»), que a su vez forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Esta renuncia también sería contraria al orden público español para los tribunales ordinarios, pues estos vinculan el derecho a la tutela judicial efectiva con la excepción de orden público. Sin embargo, se puede renunciar *ex post* a este derecho, ya que una vez que el laudo arbitral se ha dictado, la parte demandada puede no alegar ese motivo para oponerse al *execuátur* del laudo (30).

No obstante, el art. 6 LA señala que si una parte conoce la infracción de una norma dispositiva —no imperativa— o de algún requisito del convenio arbitral que podría permitir a esta parte oponerse al *execuátur* del laudo, debe señalarlo en el límite temporal establecido, o tan pronto como tuvo conocimiento de la infracción o defecto; en caso de no hacerlo, se considerará que renuncia a las

facultades de impugnación previstas en la Ley de Arbitraje. Los tribunales españoles han confirmado que esta regla constituye una renuncia tácita al derecho a oponerse al ejecutur, si la parte no impugna de manera inmediata la infracción de la norma dispositiva de que se trate; en cuyo caso se procedería al ejecutur del laudo arbitral (31).

También es puesta de manifiesto esta idea por la Audiencia Provincial de Zaragoza, que, en virtud de dos sentencias del Tribunal Constitucional, estableció que cualquier alegación o denuncia debe realizarse dentro del plazo señalado para ello, y no, cuando éste haya expirado (32). Al respecto, el Tribunal Constitucional estableció que una parte no puede presentar un recurso de inconstitucionalidad por vulneración de la tutela judicial efectiva si ésta contribuyó a la infracción mediante una actitud negligente o pasiva a lo largo del arbitraje (33).

En definitiva, Natural Mining Resources 1926, S.L., no se ha opuesto al reconocimiento del laudo arbitral suizo apoyándose ni en el motivo arriba señalado, ni en ningún otro motivo de denegación; sobre los que, siguiendo la misma línea argumentativa, no cabe la renuncia *ex ante*, sino que únicamente serían válidas las renunciaciones *ex post* a dichos motivos de impugnación (34).

Así pues, el Ministerio Fiscal emitió un informe en el que señalaba la procedencia de estimar la demanda (35).

#### 4. Causas de denegación del ejecutur en el Convenio de Nueva York de 1958 que son apreciables de oficio

Existen causas de denegación apreciables de oficio (art. V.2º), pero son sólo dos: a) Materia objeto de la diferencia que no es susceptible de arbitraje; b) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido. Sin embargo, aunque el TSJ de Madrid las menciona, no se pronuncia sobre la primera causa de denegación, porque está vinculada a la segunda, y en relación al orden público concluye que no se aprecia vulneración alguna del orden público español (36). Esta última causa de denegación del ejecutur será analizada en profundidad, puesto que la imposibilidad de revisar el fondo de la controversia en el procedimiento de ejecutur, tal y como señala de manera contundente el TSJ de Madrid, es difícil de conciliar con el análisis del orden público (37).

##### A) Materia objeto de la diferencia que no es susceptible de arbitraje (V.2.a))

El art. V.2º.a) del Convenio de Nueva York de 1958 señala que la controversia resuelta por laudo arbitral extranjero no puede versar sobre una materia cuyo sometimiento a arbitraje está prohibido por la Ley del país donde se pretende obtener el ejecutur. Por lo tanto, habrá que estar a lo previsto en el art. 2.1º LA, que establece que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho» (38).

Por ello, si la Ley rectora del fondo del convenio arbitral y la Ley del Estado requerido no coinciden en las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, surgirán «laudos arbitrales claudicantes», que serán válidos en el extranjero, pero no en España como «Estado requerido» (39).

Este motivo de oposición al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales es también uno de los más empleados. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo, ni ningún otro tribunal ha denegado nunca el executóur a ningún laudo arbitral extranjero por ser contrario al art. V.2º.a) del Convenio de Nueva York de 1958 (40). En realidad, el concepto de arbitrabilidad está limitado por el concepto de orden público, que se va a estudiar a continuación (41).

### ***B) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido (art. V.2º.b)***

Con base en la disposición del art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958, el tribunal tendría que denegar el executóur del laudo arbitral extranjero cuya ejecución pudiera vulnerar los principios básicos del Derecho del país en donde se solicita tal executóur, es decir, cuando dicha ejecución atente contra el orden público del Estado requerido (42).

En este sentido el TSJ de Madrid señala en primer lugar, que el procedimiento de executóur en el ordenamiento español es un mecanismo puramente homologador de los efectos de las resoluciones extranjeras, fundamentalmente de carácter procesal —naturaleza consagrada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional—. Por ello, no se puede realizar una revisión del fondo del asunto, sin más excepciones que las relativas al orden público (43).

En segundo lugar, afirma que un principio que rige el Convenio de Nueva York de 1958 es el de la prohibición de la revisión del fondo, pues los tribunales de los Estados que forman parte del mismo sólo podrán denegar el executóur cuando se cumpla cualquiera de los dos motivos de denegación señalados anteriormente, entre los que se encuentra la contrariedad con el orden público del Estado requerido (44).

En tercer lugar, el TSJ de Madrid, haciendo referencia a un Auto del TSJ del País Vasco del 19 de abril de 2012, viene a recordar que los tribunales nacionales en la fase postarbitral deben ser conscientes de sus limitaciones, para no convertir los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias o los relativos a recursos de anulación, en una segunda instancia de forma que se equipare el examen del laudo con el recurso ordinario de apelación, donde se permite la revisión de lo dictaminado en primera instancia; o en un recurso de casación, que podría llevar incluso al control del laudo a través de un medio extraordinario de impugnación, por infracción de la ley o de la doctrina legal (45).

No era necesario, en mi opinión, realizar esta comparativa entre el proceso de reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras y el de laudos arbitrales. Pues, por ejemplo, el TSJ de Murcia en un Auto de 12 de abril del 2019 advierte que la causa de denegación del executóur basada en el orden público español no puede convertirse en una oportunidad de revisar, desde una perspectiva fáctica y jurídica, el fondo del asunto: ni para corregir los errores en que hubiera podido incurrir el árbitro; ni para la valoración del acierto o desacierto de la decisión arbitral; ni tampoco para proceder a un nuevo juicio de la cuestión litigiosa (46).

En definitiva, no es poca la jurisprudencia que señala que no es posible la revisión de fondo de la sentencia arbitral (47). Así lo señala también el Tribunal Supremo en en Auto de 29 de septiembre de

1998:

«(...) la "irrazonabilidad de la sentencia arbitral", causa de oposición en que la demandada pone de manifiesto su disconformidad con el fallo arbitral, afirmando el exceso cometido por el Tribunal Arbitral en la interpretación del contrato litigioso y en la declaración de incumplimiento contractual. El argumento expuesto debe rechazarse y obliga a recordar, en primer término, la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno —tal y como parece pretender la mercantil oponente— la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/1989 y 132/1991)» (48) .

En línea con lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando habla de «*orden público en sentido internacional*», existe un sector doctrinal que proclama que a la hora de valorar si existe una violación del orden público, se tiene que hacer una distinción entre orden público nacional y orden público internacional, siendo este último el que se aplicaría al reconocimiento de laudos extranjeros, pues sería mucho más restrictivo (49) . El orden público nacional estaría formado por el conjunto de principios fundamentales sobre los que se asienta la organización social, económica y política de la sociedad española. Mientras que el orden público internacional estaría integrado por: a) los principios esenciales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger; b) las normas que regulan los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de un Estado; y c) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados y organizaciones internacionales (50) .

No obstante, en los primeros autos en los que era de aplicación el Convenio de Nueva York de 1958, el Tribunal Supremo, así como otras instancias jurisdiccionales, como los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, no siempre acudían al concepto de orden público internacional, para denegar o aceptar el *execuátur*. Así, Alcover San Pedro respecto del Auto del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1985 señalaba que: «pese a la indeterminación del concepto de orden público hay que asimilarlo a los principios básicos o fundamentales de la organización social y jurídica en que se inspira el derecho nacional», es decir, en definitiva, el orden público interno (51) . Mientras que con respecto al Auto de 13 de octubre de 1983, Alcover San Pedro afirmaba que: «la noción de orden público del foro no es tan amplia que incluya cualesquiera medidas administrativas, aunque resulten de obligada observancia», con lo que, en este caso sí, el Tribunal Supremo señalaba la distinción entre orden público interno y orden público internacional (52) .

Pues bien, en posteriores autos, el Tribunal Supremo tampoco insiste en tal distinción, o por lo menos, no en el mismo sentido, sino que cuando se ha prologado, o bien lo ha hecho desde una perspectiva distinta, o bien ha asimilado el orden público interno con el orden público internacional (53) . Efectivamente, un ejemplo de esta última afirmación es el Auto del 4 de marzo de 2003, en el que el Tribunal Supremo señala que: «(...) no puede olvidarse que en el plano internacional tal concepto posee en la actualidad un contenido netamente constitucional, que se identifica,

esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas, y que, en lo que particularmente atañe a la proscripción de la indefensión impuesta por el art. 24.2º CE en relación con los actos de comunicación, ésta ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal (...)» (54).

Con independencia de la posible distinción entre orden público interno u orden público internacional, el TSJ de Murcia en su Auto de 12 de abril de 2019 señala de manera detallada las infracciones paradigmáticas del orden público reconocidas en la jurisprudencia (55). En resumen, el control por la aplicación de la cláusula de orden público por parte de los tribunales españoles, entre ellos el Tribunal Supremo cuando tuvo competencia en materia de execuátur, alcanza a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba (56).

Si bien en este punto, se debe hacer una distinción entre el concepto de orden público en sede de execuátur y el concepto de orden público en sede de anulación del laudo.

#### a) Orden público en sede de execuátur

Los tribunales españoles en ocasiones no han tenido en cuenta que el Convenio de Nueva York de 1958 acoge un sistema simplificado de obtención del execuátur, que favorece la eficacia internacional del laudo arbitral, puesto que tal y como señala el Tribunal Supremo existe una «presunción de legalidad y veracidad» del laudo arbitral (57).

Por lo tanto, el Convenio de Nueva York de 1958 establece una limitación de las cuestiones que son objeto de control (58). El execuátur sólo puede denegarse por ciertas causas que el Convenio enumera taxativamente, causas que conforman un *numerus clausus* (59). En consecuencia, a la vista de la jurisprudencia en sede de execuátur se debe afirmar que:

- a) No se atenta contra el orden público internacional, cuando se alegan motivos de fondo de la controversia, que sólo pueden hacerse valer en el procedimiento de arbitraje o en el procedimiento de ejecución del laudo ya *execuáturizado* (60).
- b) Tampoco se atenta contra el orden público internacional, si se alega infracción de los derechos de defensa, pues este extremo se controla a instancia de parte. Sin embargo, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha vinculado el motivo de vulneración de los derechos de defensa recogido en el art. V.1º.b) con el orden público. En este mismo sentido, se debe mencionar el Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998, en el que el recurrente alega que: «En primer lugar porque el examen de la concurrencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales de audiencia y defensa y la correlativa proscripción de la indefensión supone que al informar éstos el orden público procesal interno puedan y deban ser examinados sin necesidad de denuncia de parte (...)» (61). También se siguió esta línea interpretativa en el caso resuelto por el Auto del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1999, en el que el demandado no había sido correctamente notificado porque se hallaba *in absentia*, pero además el demandante conocía el domicilio del Consejero-Delegado de la compañía y de manera consciente decidió no enviar notificación alguna a esa dirección (62). Así que, como el arbitraje



concluyó sin que el demandado hubiese intervenido, el Tribunal Supremo denegó el reconocimiento del laudo porque se había producido una infracción del orden público, con infracción de los derechos y garantías del art. 24 de la CE (Constitución Española) (63) . En un Auto más reciente, de 17 de febrero de 2021, el TSJ de Madrid señala que: «la apreciación de esta causa debería tener cabida en alguno de los motivos que —como supuestos de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros— vienen señalados en el art. 5 del Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho el 10 de junio de 1958 y suscrito por España. Particularmente en la causa 1.b) de tal precepto (falta de debida notificación), que a su vez encuentra relación material con la causa 2.b) por cuanto la quiebra de garantías del proceso puede alojarse dentro del concepto de orden público». En definitiva, cuando los actos de comunicación no se producen del modo establecido en la ley aplicable, provocando que la parte demandada no tenga conocimiento de la sustanciación del proceso, se produce una evidente indefensión y, por tanto, se vulnera el orden público, puesto que se impide un juicio contradictorio y el derecho de defensa de la parte afectada (64) .

- c) Se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle (65) .
- d) La parcialidad manifiesta del órgano arbitral implica una vulneración del orden público del Estado requerido (66) .

En definitiva, se debe señalar que el orden público procesal aludido en el Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998, es el más utilizado para oponerse al reconocimiento y ejecución de laudos (67) . El *execuátur* es un procedimiento de naturaleza estrictamente procesal, que no permite una revisión de los hechos del caso, salvo para asegurar los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, que forman parte del orden público internacional. Por lo tanto, dentro del orden público, se debe distinguir el orden público material y el procesal (68) .

El orden público material, sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, regulan las materias en un ordenamiento jurídico. Por lo que respecta al orden público en su vertiente material es de destacar la Sentencia *Eco Swiss* (69) . En la misma se declara con rotundidad que la no aplicación de determinadas normas imperativas justifica plenamente la aplicación de la cláusula de orden público (70) . Todo ello con independencia de que ninguna de las partes hubiera hecho valer a lo largo del arbitraje, la aplicación de esas normas, que en ese momento era el art. 81 del TCE, en materia de ententes, actualmente reguladas en el art. 101 del TFUE.

Mientras que el orden público procesal sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores procesales en un ordenamiento jurídico. Como se ha dicho este es el más utilizado por la jurisprudencia española, y por el Tribunal Supremo, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos (71) .

Sin embargo, puede afirmarse que la aplicación de la cláusula de orden público en sede de *execuátur* es poco habitual (72) . En este sentido se debe destacar, que no se ha tenido en cuenta la cláusula de

orden público en supuestos en los que se ha dictado en el foro una resolución judicial denegando una medida cautelar sobre el asunto discutido en el arbitraje, pues dicha circunstancia no genera litispendencia internacional (73). Tampoco es contraria al orden público el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero que contenga en su pronunciamiento una condena en concepto de daños punitivos. El Tribunal Supremo señala que si la condena por daños punitivos es proporcionada, no atenta contra el orden público (74). No obstante, en un Auto del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 se ha denegado el reconocimiento de un laudo extranjero por entenderlo usurario y contrario al orden público español (75). Este Auto ha sido objeto de crítica, puesto que viene a ensanchar en este caso, el concepto de orden público material, por lo que, tal y como señalan cierto autores se está llegando de alguna manera a sustituir al órgano decisor, el tribunal arbitral, convirtiendo así el reconocimiento de ambos laudos en la segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en las resoluciones dictadas (76). En este mismo sentido se manifiesta el TSJ de Madrid en el Auto objeto de análisis, al señalar que los tribunales en la fase postarbitral no deben convertir los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias, en una segunda instancia de forma que se equipare el examen del laudo con el recurso ordinario de apelación, donde se permite la revisión de lo dictaminado en primera instancia (77).

No obstante, en general, en relación al motivo de denegación del executur de laudos extranjeros que es el orden público, los tribunales españoles, y concretamente el Tribunal Supremo, mantienen su postura pro-reconocimiento, de manera que sólo rechazan el executur de un laudo por motivos muy claros y evidentes (78). La situación es diferente cuando la valoración del orden público constituye un motivo de anulación del laudo arbitral (79).

En cualquier caso, el TSJ de Madrid en el asunto que nos ocupa, no ha apreciado vulneración alguna del orden público español (80). Sin embargo, es relevante conocer cuándo se activa el orden público en sede de anulación, ya que el TSJ de Madrid desde el año 2015, venía realizando una interpretación extensiva de los poderes de revisión del juez, a la hora de decidir si ha habido o no una violación del orden público; bastante diferente a la realizada en sede de executur (81). Si bien, en relación a la activación del orden público en sede de anulación del laudo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional posteriormente, tal y como se verá continuación.

#### **b) Orden público en sede de anulación del laudo**

En opinión de Gómez Jene no tiene sentido que en el estricto ámbito del arbitraje comercial internacional el control en sede de executur deba ser de menor intensidad que el control en sede de anulación (82). Si bien, se puede comprobar que son muy significativos los diferentes supuestos en los que se ha recurrido a la excepción de orden público. También se aprecia aquí la distinción entre orden público material y orden público procesal, siendo este último el más utilizado, como sucedía en el orden público en sede de executur (83).

En su vertiente procesal procede la anulación del laudo arbitral por aplicación de la excepción de orden público:

- a) En relación a los árbitros o institución arbitral: cuando se vulnere el principio de igualdad en el

nombramiento del árbitro; o cuando se aprecie parcialidad del árbitro y/o parcialidad de la entidad que gestiona el arbitraje.

- b) En cuanto al procedimiento: cuando se notifique incorrectamente a las partes; cuando se vulnere el principio de igualdad, el principio de audiencia, o el principio de contradicción; cuando se produzca una errónea valoración de la prueba; o cuando los árbitros no valoren por igual la actitud de ambas partes en el procedimiento arbitral; o cuando no exista imparcialidad del árbitro. Si bien, la mayoría de todos los aspectos de procedimiento, podrían tener encaje en los otros motivos de denegación que se alegan a instancia de parte (84) . Así, por ejemplo, la errónea valoración de la prueba es una cuestión del procedimiento arbitral que podría encontrarse en el motivo de anulación del laudo relativo a la constitución irregular del Tribunal arbitral y las irregularidades del procedimiento arbitral (art. 41.1º.d) Ley española de Arbitraje) (85) .
- c) En relación al laudo: cuando el laudo no esté o esté deficientemente motivado; cuando se dicte un laudo con tal rapidez que ni siquiera haya transcurrido el plazo para la contestación a la demanda o cuando se dicte el mismo día en el que concluía el plazo para realizar alegaciones.

En su vertiente material se ha aplicado la cláusula del orden público para anular un laudo arbitral por deficiente aplicación de las normas imperativas que regulan ciertos productos financieros como los *swaps* (86) .

Sin embargo, varias decisiones recientes del Tribunal Constitucional han venido a poner fin a esta interpretación extensiva de los poderes de revisión del juez que se venía realizando en relación a si ha habido una vulneración del orden público (87) . El origen de la controversia se produjo cuando el TSJ de Madrid en su Sentencia de 28 de enero de 2015 marcó el inicio de una tendencia que, después seguida por otras resoluciones, sometía las decisiones adoptadas por los árbitros a un ulterior control judicial de su motivación (88) . Todo ello desembocó en una amplia discusión doctrinal resuelta finalmente por el TC en sus Sentencias de 15 de junio de 2020 y de 15 de febrero de 2021.

En su Sentencia de 15 de junio de 2020, el TC desdobló el concepto de orden público en dos vertientes, en la vertiente material y en la vertiente procesal. El orden público material estaría formado por: *«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»*. Por otro lado, el orden público procesal, lo constituiría: *«el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal»*.

Para completar esa doctrina, en su Sentencia de 15 de febrero de 2021, el TC establece de forma muy clara los límites en la interpretación y aplicación del concepto de orden público afirmando, como lo hace el TSJ de Madrid en el Auto objeto de estudio, que la acción de anulación del laudo no puede convertirse en una segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Así, la excepción de orden público solo debe operar si se trata de una resolución arbitral arbitraria, ilógica, absurda o irracional y, para ello, recuerda la Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de mayo de 2012, que establece que debe estar fuera del control judicial: *«la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o*

*menos acertado de resolver la cuestión» (89) .*

De la misma forma que el TSJ de Madrid en el Auto que está siendo analizado, el Tribunal Constitucional entiende que la semejanza entre las resoluciones judiciales y las resoluciones arbitrales no ha de entenderse como absoluta (90) . Así, en el caso concreto de la falta de motivación del laudo —motivo que justifica la infracción del orden público en la resolución recurrida—, el TC señala que mientras que para las resoluciones judiciales, la motivación se convierte en una exigencia inherente derivada del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); sin embargo, de acuerdo con el art. 37.4 de la Ley española de Arbitraje, la motivación del laudo no es un requisito obligatorio, debido a la excepción que este precepto prevé y que hace referencia al pacto de las partes sobre los términos en los que tiene que pronunciarse el tribunal arbitral (91) .

Así pues, el TC considera que el TSJ de Madrid no respetó los límites constitucionales de motivación y congruencia, sino que entró en el fondo del asunto del laudo, revisando la aplicación del derecho sustantivo realizada por el tribunal arbitral, infringiendo así el canon constitucional del art. 24.1 CE. Además, el TC, añade que resulta «*manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario*» la extensión que realiza el TSJ sobre el concepto de orden público más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, llevando a cabo «*una auténtica mutación de la acción de anulación*» (92) .

Por otro lado, existen autores que consideran que este análisis resulta perfectamente extrapolable a los supuestos de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, puesto que la vulneración del orden público puede utilizarse por parte de los tribunales como causa de oposición al reconocimiento, en virtud del Convenio de Nueva York 1958 (art. V.2.b)) (93) . Si bien, estas últimas sentencias del Tribunal Constitucional han venido a confirmar una interpretación más restrictiva de orden público en sede de anulación de laudos, que ya se venía utilizando en sede de ejecución. Así, por ejemplo en relación a la motivación del laudo como causa de anulación del mismo, cuando se trata del ejecución de dicho laudo, la falta de exhaustividad del laudo no constituye una infracción del orden público, puesto que, como ya se ha señalado, se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle (94) .

Posteriormente, siguiendo esta última interpretación del Tribunal Constitucional, el TSJ de Madrid en una sentencia posterior, de 30 de junio de 2021, denegó la demanda de nulidad de un laudo dictado por un tribunal arbitral creado *ad hoc*.

Pues bien, en ese caso, el TSJ de Madrid decidió desestimar la demanda de nulidad por rechazar la contrariedad manifiesta con el orden público, alegada por la demanda: 1º) No se vulneró el orden público porque se hubiese denegado la prueba, ya que en opinión del tribunal arbitral no aportaban nada a la acreditación de los hechos, así que no puede ser calificada de arbitraria, por lo que no se ha colocado al demandante en una situación de desequilibrio procesal; 2º) Tampoco se atentó contra el orden público por la ausencia del debido traslado de la totalidad de los escritos presentados, así como de las comunicaciones del demandante con los árbitros, porque, según el tribunal arbitral, esto constituye una mera afirmación o sospecha, sin que exista prueba alguna, con lo cual es considerado insuficiente para sustentar el motivo de nulidad formulado; 3º) Por último, no se acepta como motivo

de anulación del laudo, la contrariedad con el orden público, porque dicho laudo sea infundado, puesto que el tribunal arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, de conformidad con lo pactado por las partes —como es la forma de resolución del mismo—, pero además, el esquema argumental realizado por el árbitro es claro y preciso (95).

En este sentido, el TSJ de Madrid recuerda que, según la Sentencia dictada por el TC el 15 de marzo de 2021 este aclara que:

*«... excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica o irracional; cuando se haya infringido normas legales imperativas (...) Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral (...) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sea considerados, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes o, simplemente, poque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otra bien diferente».*

No obstante, una sentencia más reciente del TSJ de Madrid de 22 de octubre de 2021, ha sido objeto de crítica porque para algunos autores, de nuevo, el TSJ no establece límites a la facultad del juez para revisar las decisiones del árbitro. En su opinión, el fallo de la sentencia ha provocado una confusión entre los actores del arbitraje español, que habían entendido que las facultades del árbitro estaban claramente delimitadas por las sentencias anteriormente mencionadas del TC (96).

Así, la sentencia del TSJ de Madrid 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 causa 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».*

Pues bien, para Prol Pérez parece que el motivo principal para la anulación del laudo es la infracción del orden público (art. 41.1º.f LA), como consecuencia de un déficit absoluto de motivación y que el TSJ de Madrid sólo tenía que haber aplicado la doctrina que emana de las Sentencias del TC, para sostener que no existe ninguna violación del orden público, entre otras razones, porque el déficit en la motivación no puede considerarse como una violación del orden público (97).

En este sentido, el TSJ de Madrid comienza por reconocer que la intervención judicial en el arbitraje tiene el carácter de control extraordinario, que está limitada a determinados supuestos, para después señalar que, a pesar de haber realizado la aseveración anterior, no se puede sostener que, en un recurso de anulación del laudo presentado ante un tribunal, *en ningún caso* éste pueda revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del laudo. Aunque dicha argumentación del TSJ ha

sido objeto de crítica porque sostiene que es posible la revisión del fondo del asunto en sede de anulación del laudo, algo que el TC en sus últimas sentencias consideraba inadmisibles; sin embargo, se debe destacar que abre esa posibilidad únicamente cuando nos encontremos en supuestos excepcionales como es el incumplimiento de las normas imperativas.

Por lo tanto, en mi opinión, sí que el laudo produce una contrariedad manifiesta del orden público, concretamente en su vertiente material, pues el tribunal arbitral no ha tenido en cuenta ciertas normas imperativas, concretamente las que establecen la primacía de las normas de Derecho europeo de la competencia, sobre las normas españolas en materia de competencia; lo cual ha provocado un error en la motivación del laudo —quizá no es correcto el término utilizado por el TSJ cuando menciona el término *déficit absoluto de motivación*, porque el laudo está motivado, sólo que para ellos se ha apoyado en las normas incorrectas—. Sin embargo, para algunos autores, el hecho de que el laudo se haya fundamentado en unas u otras normas no adquiere tanta relevancia, ya que efectivamente el contenido material de dichas normas es básicamente el mismo (98). Aunque al respecto se debe aclarar que para que sea aplicación el art. 101 TFUE es necesario que haya afectación del mercado *intra-UE*, es decir, que se haya lesionado la competencia de al menos dos Estados miembros, o que la afectación del mercado de un Estado miembro sea tan elevada que pueda llegar a provocar la compartimentación de los mercados. En definitiva, las normas de Derecho europeo de la competencia y las normas nacionales de competencia tienen distintos ámbitos de aplicación, así que el resultado final en función de que se apliquen unas u otras normas también podría ser diferente.

En cualquier caso, se presentó un incidente de nulidad contra dicha sentencia que ha sido desestimado por el TSJ de Madrid, tal y como señala en su Auto de 11 de enero de 2022, el cual fundamenta dicha desestimación en el motivo señalado anteriormente:

«(...) Nuestra Sentencia 66/2021 entiende, sin atisbo de arbitrariedad lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que el control de la motivación de los Laudos, en casos como el que nos ocupa —normas imperativas, así declaradas por el TJUE, sobre libertades fundamentales de la Unión—, exige, si se ha de respetar el principio de primacía, salvaguardar la observancia de la exégesis clara, inequívoca y auténtica que el TJUE haya efectuado de las normas aplicables al caso(...)» (99).

Por lo tanto, en general —salvo alguna excepción— podría afirmarse que la interpretación más restrictiva de orden público, que se venía utilizando en sede de ejecución, también está siendo aplicada por los tribunales en sede de anulación del laudo, a raíz de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional (100).

En cualquier caso, como ya se ha señalado a lo largo del presente trabajo, se debe reconocer la dificultad de los tribunales de conciliar el análisis del orden público con la prohibición de revisar los hechos del caso.

## 5. Principio de prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral del Convenio de Nueva York de 1958

Este principio rector de dicho instrumento internacional también es puesto en valor por el TSJ de Madrid en el Auto que se está analizando. Al respecto añade que lo único que se puede controlar del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al resultado final alcanzado. Cuando las partes aceptan la cláusula de sumisión al arbitraje, están también aceptando, automáticamente, someterse a la visión que los árbitros tengan de los hechos y del Derecho (101).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que ha quedado acreditado que las partes se sometieron al procedimiento arbitral, y que se han cumplido todos los requisitos formales, al anexarse a la demanda el laudo dictado, traducido y convenientemente apostillado, sin que se haya apreciado vulneración alguna del orden público español, el TSJ de Madrid procede el reconocimiento del laudo, para su ejecución (102)

Dicha prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral también ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de anulación de los laudos. Así en su Sentencia de 15 de febrero de 2021 afirmó con rotundidad que el TSJ en la sentencia recurrida, lejos de respetar los límites constitucionales de motivación y congruencia, entró en el fondo del asunto del laudo, revisando la aplicación del derecho sustantivo por el árbitro. Añade además el TC, que resulta «*manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario*» la extensión que realiza el TSJ sobre el concepto de orden público más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, llevando a cabo una mutación de la acción de anulación (103).

Para el TC defender lo contrario sería como aceptar ese posterior control judicial, y que estaría prohibido en sede de reconocimiento o anulación de laudos arbitrales. Señala el TC, como también lo hace el TSJ que está siendo estudiada, que no hay que olvidar, que acudir al mecanismo arbitral «proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto (...)», sustrayendo, en consecuencia, del control judicial, la cuestión de fondo objeto del conflicto (104).

En este sentido, se puede apreciar actualmente una convergencia en la interpretación realizada por un lado, en sede de ejecución y por otro lado, en sede de anulación del laudo en lo relativo a la prohibición de la revisión del fondo. Si bien existen algunas excepciones, como el del Auto del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 en el que se ha denegado el reconocimiento de un laudo extranjero por entenderlo usurario y contrario al orden público español. Así que, ha sido objeto de críticas porque para llegar a ese fallo, se entiende que el tribunal ha analizado los hechos del caso, así como el derecho aplicado al fondo del asunto. Se observa pues, que es muy difícil encajar la ausencia de revisión del fondo del asunto con el análisis del orden público.

### III. CONCLUSIONES: IMPOSIBILIDAD DE REVISIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO EN EL EXECUÁTUR

En primer lugar, se debe aclarar que, todos los aspectos relativos al procedimiento del ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se rigen por el art. IV del Convenio de Nueva York de 1958; por remisión del art. 46.2º de la Ley española de Arbitraje. Sin embargo, en los aspectos no regulados por dicho precepto, son de aplicación las «normas de procedimiento» españolas (art. 46.2 *in fine* de

la Ley española de arbitraje). Por lo tanto, las normas procesales aplicables serían las previstas en los arts. 50 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (105).

Estas son las normas aplicables al execuátur de laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, el TSJ de Madrid aunque señala que efectivamente es de aplicación el Convenio de Nueva York de 1958, a continuación, procede a repasar los preceptos de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, concretamente los arts. 1, 42 y 46; que en mi opinión no es necesario (106). Si bien, aunque el tribunal no fundamenta en dichos preceptos su argumentación para dictar el fallo, sí que le sirven para justificar que, el procedimiento de execuátur, ya sea de una sentencia judicial o de un laudo arbitral, no se puede utilizar para que los tribunales procedan a realizar una revisión del fondo del asunto. Con respecto al mismo, el TSJ de Madrid señala que se trata de un procedimiento de naturaleza declarativa, con el fin de que el tribunal realice un control de los elementos extrínsecos de la decisión arbitral extranjera que es objeto de homologación, otorgándole al laudo el carácter de título idóneo para proceder a su ejecución.

En cualquier caso, Natural Mining Resources<sup>1926</sup>, S.L., la empresa demandada, no se ha opuesto al reconocimiento del laudo arbitral suizo apoyándose en ninguno de los motivos de denegación que pueden ser alegados y probados a instancia de parte; sobre los que no cabe la renuncia *ex ante*, sino que únicamente serían válidas las renunciaciones *ex post* a dichos motivos de impugnación.

Procede pues el TSJ de Madrid a enumerar los motivos de denegación que pueden ser alegados de oficio, que son: a) Materia objeto de la diferencia que no es susceptible de arbitraje; b) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido. La primera causa de denegación suele estar vinculada a la segunda, así que el TSJ en relación al orden público concluye que no se aprecia vulneración alguna del orden público español. Esta última causa de denegación del execuátur es analizada en profundidad, puesto que la imposibilidad de revisar el fondo de la controversia en el procedimiento de execuátur, principio que rige el Convenio de Nueva York de 1958, es difícil de conciliar con el análisis del orden público.

---

Los tribunales nacionales en la fase postarbitral deben ser conscientes de sus limitaciones, para no convertir los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias o los relativos a recursos de anulación en una segunda instancia

---

En este sentido el TSJ de Madrid señala que el procedimiento de execuátur es un mecanismo puramente homologador de los efectos de las resoluciones extranjeras, fundamentalmente de carácter procesal, con lo cual, no se puede realizar una revisión del fondo del asunto, sin más excepciones que las relativas al orden público. Por lo tanto, los tribunales nacionales en la fase postarbitral deben ser conscientes de sus limitaciones, para no convertir los procedimientos de



reconocimiento y ejecución de sentencias o los relativos a recursos de anulación, en una segunda instancia de forma que se equipare el examen del laudo con el recurso ordinario de apelación, donde se permite la revisión de lo dictaminado en primera instancia.

En mi opinión no es necesaria la comparación que realiza el TSJ de Madrid en el Auto objeto de estudio, pero esta comparación también la realiza el TC en sede de anulación de laudos arbitrales.

En general, las infracciones del orden público reconocidas en la jurisprudencia son: el control por aplicación de la cláusula de orden público alcanza a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba.

Sin embargo, el Convenio de Nueva York de 1958 acoge un sistema simplificado de obtención de *execuátur*, que favorece la eficacia internacional del laudo arbitral, de forma que existe un orden público en sede de *execuátur* y que es el que debe valorarse en relación con el convenio. Por lo tanto, puede hablarse de un orden público en sede de *execuátur*, diferente del orden público en sede de anulación de laudos.

Así la parcialidad manifiesta del órgano arbitral implica una vulneración del orden público del Estado requerido. Sin embargo, se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle. Se debe señalar que un aspecto importante del concepto de orden público, es las dos vertientes que comprenden dicho concepto, que son su vertiente material y su vertiente procesal, definidas por los tribunales, correspondiendo las señaladas al orden público procesal. Así, el orden público procesal sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores procesales en un ordenamiento jurídico.

En cuanto al orden público material, sería el conjunto de normas y principios materiales, que, en un momento histórico determinado, regulan las materias en un ordenamiento jurídico. En este sentido, la no aplicación de determinadas normas imperativas justifica plenamente la aplicación de la cláusula de orden público, como son las normas de Derecho europeo de la competencia. No obstante, en un Auto del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 se ha denegado el reconocimiento de un laudo extranjero por entenderlo usurario y contrario al orden público español. Este Auto ha sido objeto de crítica, puesto que viene a ensanchar en este caso, el concepto de orden público material. Si bien salvo alguna excepción, puede afirmarse que la aplicación de la cláusula de orden público en sede de *execuátur* es poco habitual. Aunque no puede afirmarse lo mismo en relación a los supuestos de anulación de laudos, donde los tribunales han venido realizando una interpretación del orden público extensiva, frente a la restrictiva, que se viene utilizando en sede de *execuátur*.

Aunque el TSJ de Madrid en el asunto que nos ocupa, no ha apreciado vulneración alguna del orden público español, es relevante conocer cuándo se activa el orden público en sede de anulación. En este sentido, el TSJ de Madrid desde el año 2015, venía realizando una interpretación extensiva de los poderes de revisión del juez, a la hora de decidir si ha habido o no una violación del orden público; bastante diferente a la realizada en sede de *execuátur*.

En opinión de Gómez Jene no tiene sentido que en el estricto ámbito del arbitraje comercial internacional el control en sede de ejecución deba ser de menor intensidad que el control en sede de anulación. También se aprecia aquí la distinción entre orden público material y orden público procesal, siendo este último el más utilizado, como sucedía en el orden público en sede de ejecución. Si bien, se puede comprobar que son muy significativos los diferentes supuestos en los que se ha recurrido a la excepción de orden público, que en cuanto al orden público procesal se encuentran: en relación a los árbitros o institución arbitral, cuando se vulnere el principio de igualdad en el nombramiento del árbitro, o cuando se aprecie parcialidad del árbitro y/o parcialidad de la entidad que gestiona el arbitraje; en cuanto al procedimiento, cuando se notifique incorrectamente a las partes; o en relación al laudo, cuando el laudo no esté o esté deficientemente motivado.

Si bien sobre este último motivo de denegación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente en relación a la activación del orden público en sede de anulación del laudo, procediendo a una interpretación restrictiva de orden público. Al respecto, señala el TC que la acción de anulación del laudo no puede convertirse en una segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Así, la excepción de orden público solo debe operar si se trata de una resolución arbitral arbitraria, ilógica, absurda o irracional y, para ello, debe estar fuera del control judicial, la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.

No obstante, una sentencia más reciente del TSJ de Madrid de 22 de octubre de 2021, ha sido objeto de crítica porque para algunos autores, de nuevo, el TSJ no establece límites a la facultad del juez para revisar las decisiones del árbitro. Sin embargo, en mi opinión, sí que el laudo produce una contrariedad manifiesta del orden público, concretamente en su vertiente material, pues el tribunal arbitral no ha tenido en cuenta ciertas normas imperativas, concretamente las que establecen la primacía de las normas de Derecho europeo de la competencia, sobre las normas españolas en materia de competencia; lo cual ha provocado un error en la motivación del laudo —quizá no es correcto el término utilizado por el TSJ cuando menciona el término *déficit absoluto de motivación*, porque el laudo está motivado, sólo que para ellos se ha apoyado en las normas incorrectas—.

En definitiva, el principio de ausencia de revisión del fondo rige el Convenio de Nueva York de 1958, tal y como señala el TSJ de Madrid en el Auto que se está analizando. Al respecto añade que lo único que se puede controlar del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al resultado final alcanzado. Cuando las partes aceptan la cláusula de sumisión al arbitraje, están también aceptando, automáticamente, someterse a la visión que los árbitros tengan de los hechos y del Derecho.

Esta prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral también ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de anulación de los laudos. Así en su Sentencia de 15 de febrero de 2021 afirmó que el TSJ en la sentencia recurrida, lejos de respetar los límites constitucionales de motivación y congruencia, entró en el fondo del asunto del laudo, sustrayendo del control judicial, la cuestión de fondo objeto del conflicto.

En este sentido, se puede apreciar actualmente una convergencia en la interpretación realizada por un lado, en sede de ejecutur y por otro lado, en sede de anulación del laudo en lo relativo a la prohibición de la revisión del fondo. Si bien existen algunas excepciones, como el del Auto del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 en el que se ha denegado el reconocimiento de un laudo extranjero por entenderlo usurario y contrario al orden público español. Se observa pues, que es muy difícil encajar la ausencia de revisión del fondo del asunto con el análisis del orden público.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER, H., «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º. 6, 1998, pp. 2165-2173.
- ALCOVER SAN PEDRO, A., «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1986, pp. 279-280.
- BALLESTEROS BARRO, A.-M., «La relación entre la Convención de Nueva York de 1958 y otros instrumentos internacionales sobre jurisdicción, reconocimiento o ejecutur», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 135-155.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A. «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, pp. 661-663.
- CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Arbitraje privado internacional», en CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 1721-1833.
- CASTELLANOS RUIZ, M.-J. «Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color, S.L, 2019, pp. 47-91.
- CASTELLANOS RUIZ, M.-J., «Ejecutur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020, pp. 512-530.
- FOUCHARD. P./ E. GAILLARD, E./ GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996 .
- GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.
- GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters,

2018 .

IZQUIERDO, J./ ROBLES, M., «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, pp. 408-420.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.-M., «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.-M./ FACH GÓMEZ, K. (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 101-133.

PROL PÉREZ, F.-G. «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, pp. 452-466.

REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980.

SABATER MARTÍN, A., *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Madrid, Tecnos, 2002.

SANDERS, P., «A Twenty Years» Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards», *International Lawyer*, vol. 13, 1979, pp. 269-288.

VAN DEN BERG, A.-J., *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, Deventer (Netherlands), 1981.

VIRGÓS SORIANO, M., «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, 1987, pp. 206-222.

VIRZI, F. y MARTÍN, L., «El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 9, octubre-diciembre, 2021, pp. 247-253.

.....

(1) Antecedente de hecho I ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(2) Antecedente de hecho II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(3) Antecedente de hecho III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

- (4) FD I ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

- (5) En lo relativo a la «firmeza» del laudo arbitral, *vid...*, M.-J. Castellanos Ruiz, «Execuátur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020, pp. 518-523.

[Ver Texto](#)

- (6) FD II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

- (7) FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

- (8) El art. 73.1.c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2.7.1985) fue introducido por el artículo único, apartado 1 de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 121, 21.5.2011).

[Ver Texto](#)

- (9) El art. 8.6º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26.12.2003) fue modificado por el artículo único, apartado 1 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE 21.5.2011).

[Ver Texto](#)

- (10) Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a la concesión del execuátur (A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1810 ; M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 383; A. López de Argumedo Piñero, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.- M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 102). Para un desarrollo de la conocida como «regla de la eficacia máxima», *vid...* M.-J. Castellanos Ruiz, «Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González ( dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, Murcia, Rapid Centro Color, S .L., 2019, pp. 60-63.

Ver Texto

(11) FD II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A). *Vid...* A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1812.

Ver Texto

(12) Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015.

Ver Texto

(13) FD II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

Ver Texto

(14)  
*Ibíd.*

Ver Texto

(15) Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE 11.7.1977 (en adelante «Convenio de Nueva York de 1958»). *Vid...* P. Sanders, «A Twenty Years» Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards», *International Lawyer*, vol. 13, 1979, p. 269; A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Edersa, 1980, p. 31; P. Fouchard/ E. Gaillard/ B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 980; M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, p. 34; A. Sabater Martín, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 29-30; A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1810; A.-M. Ballesteros Barro, «La relación entre la Convención de Nueva York de 1958 y otros instrumentos internacionales sobre jurisdicción, reconocimiento o exequátur», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 135.

Ver Texto

(16) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1810. Son parte del mismo 170 Estados, por lo que el Convenio puede ser considerado como un éxito (Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), *CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)*, disponible en línea en [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2) (consultado el 10 de mayo de 2022)).

Ver Texto

(17) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1811.

[Ver Texto](#)

(18) M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 385.

[Ver Texto](#)

(19) Art. I.3 y art. X.1 Convenio de Nueva York de 1958 (A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1810). Para un desarrollo del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, es decir, del ámbito de aplicación espacial, personal, material y temporal del mismo, *vid...* M.-J. Castellanos Ruiz, «Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, S.L., Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 51-56.

[Ver Texto](#)

(20) Sobre la documentación que debe ser aportada cuando se presenta la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, *vid...*, A.-J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, Deventer (Netherlands), 1981, pp. 249, 250, 254 y 256; A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Edersa, Madrid, 1980, pp. 198-199. *Vid...* también, ATS Civ. 1ª 17 febrero 1998 (H. Aguilar Grieder, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998», *Rev. Jur. Esp. La Ley*, n.º. 6, 1998, p. 2170).

[Ver Texto](#)

(21) El art. IV.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958 no especifica cómo llevar a cabo la «debida autenticación de la sentencia arbitral». En principio, y dado que el precepto incorpora la palabra «*debidamente*» y no «*legalmente*», el tribunal competente para librar el *execuátur* puede valorar, de manera libre, si el original presentado ha sido debidamente autenticado, esto es, si ha sido presentado con garantías de autenticidad. También es posible realizar la autenticación a través de «legalización» o trámite que lo sustituya. El laudo arbitral consta, normalmente, en un documento privado, así que no puede ser legalizado o apostillado. Para cumplir con dicho requisito, será necesario con carácter previo, incorporar el laudo arbitral a un documento notarial, mediante la oportuna «protocolización notarial del laudo arbitral». También es posible realizar la autenticación a través de «legalización» o trámite que lo sustituya (A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 1812-1813).

[Ver Texto](#)

(22) Para solicitar el executur debe presentarse, además, el original del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad (art. IV.1.b)). Por lo tanto, en principio, cualquier otro documento que no sea el original de la cláusula arbitral o una copia auténtica del mismo no satisface esta exigencia y el executur será denegado. Tal y como se desprende del Auto de 1 de abril de 2003, que es uno de los pocos casos en los que no se han cumplido los requisitos exigidos por el art. IV del Convenio de Nueva York y no se ha concedido el executur: «(...) Así, pretendida la acreditación de la existencia de sumisión a arbitraje de un canje de comunicaciones entre empresas mediadoras, los faxes aportados no son originales ni copias auténticas, no habiéndose aportado los correspondientes reportes de actividad. Los documentos aportados son copias simples que no permiten tener por satisfecho el requisito exigido por el art. IV.1-b) del Convenio aplicable (...)» (FD II ATS Civ. 1ª 1 abril 2003).

[Ver Texto](#)

(23) Tanto el convenio arbitral, como la sentencia o laudo arbitral deben presentarse en «*un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia*» (art. IV.2). Si no fuera así, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. El precepto señala que la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular. Sobre la necesidad de que tenga que realizarse una traducción jurada, o se pueda admitir una traducción privada, o incluso ninguna traducción salvo para facilitar la labor del juez, *vid...* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 390-392; M.-J. Castellanos Ruiz, «Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color, S.L 2019, pp. 65-66.

[Ver Texto](#)

(24) *Vid...* ATS Civ. 1ª 1 abril 2003. En este caso, el Tribunal Supremo señala que los solicitantes de executur no sólo no cumplían con los requisitos formales (copia auténtica y traducción) exigidos en el procedimiento, sino que, aunque se hubiesen aportado, se tendría que denegar el executur porque: «al no haber logrado aportar la solicitante los documentos que permitiesen sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluía la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral, deduciendo de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros». Así que, por el principio de economía procesal el Tribunal Supremo aconsejaba no exigir la subsanación de la autenticidad de los documentos, porque si no se cumplen las condiciones del art. II, relativo a las exigencias de forma del convenio arbitral, no es necesario que se cumplan los requisitos del art. IV, que recoge los requisitos formales a cumplir en el procedimiento. Tal y como señala Virgós Soriano, «las exigencias del art. II deben ser interpretadas teniendo siempre en cuenta el propósito legislativo que está detrás de ellas (asegurar que pueda reputarse que las partes son conscientes, o deban serlo, del sometimiento al arbitraje de sus eventuales dificultades) para no llevar la aplicación de la norma más allá de lo que ese objetivo requiere, atendiendo al hecho de que el comercio internacional se mueve con una gran dosis de informalismo y de que precisamente para ampliar las posibilidades de conclusión de acuerdos de arbitraje se introdujo el inciso segundo del art. II relativo al canje o intercambio de cartas o telegramas (o cualquier otro medio análogo)» (Comentario de ATS 30 enero 1986, *RCEA*, 1986, p. 249 (M. Virgós Soriano, «Reconocimiento y ejecución de laudos



arbitrales extranjeros », *REDI*, vol. XXXIX, 1987, p. 217).

[Ver Texto](#)

(25)

Así se señala de forma literal: «(...) llevando a cabo el TS una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje de tal modo que pueda deducirse, de las circunstancias de autos, que el contenido, incluido la cláusula de arbitraje, era conocida por las partes (...) siendo un requisito subsanable en el caso de que inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) completada posteriormente en período hábil (que lo es al momento de contestar los motivos de oposición, si anteriormente no se le hubiera exigido la subsanación, por el Tribunal) mediante la aportación de su original que ha podido ser controvertido, en forma, en el acto de la vista, sin oponer objeción alguna a sus términos, sino todo lo contrario, como se verá en el cuarto de los fundamentos de la presente resolución. Con dicha solución no se causa indefensión a la contraparte, debiendo significarse, como declara el ATS 4 marzo 2003 (PROV 2003, 87951) que (...)» (FD II ATSJ Cataluña CP 1ª 17 noviembre 2012).

[Ver Texto](#)

(26) Antecedente de hecho III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(27) *Vid...* H. Aguilar Grieder, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998», *Rev. Jur. Esp. La Ley*, n.º. 6, 1998, pp. 2165-2166.

[Ver Texto](#)

(28) FD II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(29) Antecedente de hecho III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(30) A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez / K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 111.

[Ver Texto](#)

(31) *Vid...* ATSJ Cataluña CP 1ª 17 noviembre 2011 (A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez / K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 111).

[Ver Texto](#)

(32) SAP Zaragoza 5ª 5 febrero 2010.

[Ver Texto](#)

(33) STC 1/2000 17 enero 2000; STC 12/2001 29 enero 2001.

[Ver Texto](#)

(34) A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 112.

[Ver Texto](#)

(35) Antecedente de hecho III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(36) FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(37)

A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 112-113. Para un análisis de la prohibición de revisión del fondo del laudo arbitral versus el control de conformidad con el orden público, *vid...*, M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 428-433.

[Ver Texto](#)

(38) ATS Civ. 1ª 22 diciembre 1983, *RCEA*, vol. 1, 1984, pp. 195-196. En España, los derechos disponibles engloban materias de naturaleza contractual y de responsabilidad por daños.

[Ver Texto](#)

(39) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1820.

[Ver Texto](#)

(40) A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 125.

[Ver Texto](#)

(41) En este sentido *vid...*, ATS Civ. 1ª 7 octubre 2003.

[Ver Texto](#)

(42) Como el Convenio de Nueva York no contiene una definición de orden público, concede discrecionalidad a los tribunales de cada Estado para que interpreten este concepto (A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 126).

[Ver Texto](#)

(43) FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(44) Sólo hace referencia en este punto, a los motivos de denegación del Convenio de Nueva York que han de apreciarse de oficio. Por otro lado, nos encontraríamos con los motivos de denegación que han de ser alegados y probados a instancia de parte.

[Ver Texto](#)

(45) ATSJ País Vasco CP 1ª 19 abril 2012.

[Ver Texto](#)

(46) *Vid...* FD V ATSJ CP 1ª Murcia 12 abril 2019 (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

[Ver Texto](#)

(47) ATS Civ. 1ª 5 mayo 1998; ATS Civ. 1ª 9 junio 1998; ATS Civ. 1ª 4 marzo 2003; ATS Civ. 1ª 20 julio 2004. *Vid...* A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 112.

[Ver Texto](#)

(48) FD VI ATS Civ. 1ª 29 septiembre 1998.

[Ver Texto](#)

(49) Para un análisis del orden público interno y el orden público internacional *vid...*, M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 435-438.

[Ver Texto](#)

(50) A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 126-

127.

[Ver Texto](#)

(51) *Vid...* Comentario de ATS 29 abril 1985, *Boletín de Información del Misnisterio de Justicia (BIMJ)*, núm. 1391, 1985 (A. Alcover San Pedro, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *REDI*, 1986, p. 280).

[Ver Texto](#)

(52) *Vid...* Comentario de ATS 13 octubre 1983, *CLJC*, 1983, núm. 508 (A. Alcover San Pedro, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros », *REDI*, 1986, p. 280).

[Ver Texto](#)

(53) M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 437.

[Ver Texto](#)

(54) *Vid...* ATS Civ. 1ª 4 marzo 2003.

[Ver Texto](#)

(55) Así pues, el TSJ de Murcia señala que dentro de las infracciones del orden público se encuentran, citando de manera textual: «además de la parcialidad de los árbitros ( St TSJ Madrid 13/2015), las siguientes: la infracción del derecho de defensa y de los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad ( SSTC 54/1989, 132/1991 y 91/2000); los errores patentes de legalidad en el arbitraje de Derecho ( SSTC 57/2003 y 178/2014 y St TSJ Madrid 58/2015 ); la falta absoluta de motivación o su evidente insuficiencia ( SSTC 186/1992 y 117/1996); la desconexión de la motivación con la realidad de lo actuado ( STC 215/2006 y STS 20/12/2013); la contradicción interna y notoria incoherencia entre la argumentación desplegada y lo que luego se resuelve (STC 261/2000); la arbitrariedad patente o la manifiesta irrazonabilidad o absurdo de la decisión ( STC 248/2006); o, incluso —partiendo del principio de intangibilidad del juicio de hecho realizado por el laudo— la valoración irracional, ilógica o arbitraria de la prueba, deducible de su propia motivación, así como también la ausencia de mínima prueba sobre los hechos en que se basa la decisión ( STC 54/1989)» (FD V ATSJ Murcia CP 1ª 12 abril 2019 (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

[Ver Texto](#)

(56) M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 432.

[Ver Texto](#)

(57) *Vid...* ATS Civ. 1ª 10 febrero 1984, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 197-200. Comentario de ATS 10 febrero 1984, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 197-200 (A. Borrás Rodríguez, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros », *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 1984, p. 661). *Vid...* ATS Civ. 1ª 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985. Comentario de ATS 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985 (A. Alcover San

Pedro, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros», *REDI*, 1986, p. 279).

[Ver Texto](#)

(58) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, p. 1814.

[Ver Texto](#)

(59) ATS Civ. 1ª 17 febrero 1998. *Vid...* H. Aguilar Grieder, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998», *Rev. Jur. Esp. La Ley*, n.º. 6, 1998, p. 2166).

[Ver Texto](#)

(60) ATS Civ. 1ª 20 marzo 2001; ATS Civ. 1ª 4 marzo 2003.

[Ver Texto](#)

(61) FD II ATS Civ. 1ª 24 noviembre 1998.

[Ver Texto](#)

(62) En relación a otros casos de vulneración de derechos de defensa *vid...*, A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 116-118.

[Ver Texto](#)

(63) ATS Civ. 1ª 16 noviembre 1999.

[Ver Texto](#)

(64) STC 1ª 22 julio 1999 (J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 416).

[Ver Texto](#)

(65) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 1820-1821.

[Ver Texto](#)

(66) *Ibíd.*, p. 1820.

[Ver Texto](#)

(67) A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 128.

[Ver Texto](#)

(68) Para un mayor desarrollo del orden público procesal y del orden público material *vid...* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 438-446.

[Ver Texto](#)

(69) STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV*.

[Ver Texto](#)

(70) M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 439.

[Ver Texto](#)

(71) Para un mayor desarrollo del orden público procesal y el orden público material *vid...*, M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 438-446.

[Ver Texto](#)

(72) *Ibíd.*, p. 441.

[Ver Texto](#)

(73) *Ibíd.*, p. 442.

[Ver Texto](#)

(74) ATS Civ. 1ª 13 noviembre 2001.

[Ver Texto](#)

(75) En dicho Auto, el TSJ de Madrid entra a examinar la validez o nulidad del contrato de préstamo, objeto del procedimiento arbitral cuyo laudo pretende reconocerse, confirmando su nulidad por establecer un interés leonino (ATSJ Madrid CP 1ª 17 febrero 2021).

[Ver Texto](#)

(76) J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 412.

[Ver Texto](#)

(77) FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(78)

A. López de Argumedo Piñeiro, «La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España», en A.-M. López Rodríguez/ K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 128.

[Ver Texto](#)

(79) Sobre el orden público en sede de anulación, *vid...* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 442-446.

[Ver Texto](#)

(80) FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(81)

F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 453.

[Ver Texto](#)

(82) M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 437.

[Ver Texto](#)

(83) *Ibid.*, p. 442.

[Ver Texto](#)

(84) *Ibid.*, p. 445.

[Ver Texto](#)

(85) Así, en sede de *execuátur* la errónea valoración de la prueba es una cuestión del procedimiento arbitral que debe ser alegada a instancia de parte, como una causa de denegación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958: constitución irregular del Tribunal arbitral y las irregularidades del procedimiento arbitral. Por lo tanto, la errónea valoración de la prueba, no estaría dentro del concepto de orden público en sede de *execuátur*. En este sentido, para la interpretación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, los tribunales españoles han venido aplicando el principio en virtud del cual siempre que se produzca un defecto en el curso del procedimiento, éste debe ser denunciado de forma inmediata (M.-J. Castellanos Ruiz, «Execuátur de laudos arbitrales extranjeros en España:

Comentario al Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020, p. 529).

[Ver Texto](#)

(86) STSJ Madrid CP 1ª 28 enero 2015; STSJ Madrid CP 1ª 6 abril 2015; STSJ Madrid CP 1ª 17 noviembre 2015. *Vid...*, M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 444.

[Ver Texto](#)

(87) STC 1ª 15 junio 2020; STC 1ª 15 febrero 2021; STC 1ª 15 marzo 2021. *Vid...*, F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 453).

[Ver Texto](#)

(88) La STSJ Madrid de 28 de enero de 2015 sostiene que el control del juez no debe limitarse a analizar aquellos principios generales que tienen el carácter de fundamentales y están protegidos constitucionalmente, sino que puede entrar a conocer del fondo del asunto. *Vid...*, J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 409; F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 454.

[Ver Texto](#)

(89) J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 410.

[Ver Texto](#)

(90) STC 1ª 26 enero 1989; STC 1ª 22 marzo 1991; STC 1ª 4 octubre 1993; STC 1ª 23 noviembre 1995; STC 1ª 11 noviembre 1996; STC 1ª 15 febrero 2021.

[Ver Texto](#)

(91) El art. 37.4º LA establece: «El laudo debe ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior». Por su parte, el art. 36.1 de la Ley española de Arbitraje señala que: «Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo (...), si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes».

[Ver Texto](#)



(92) STC 1ª 15 febrero 2021. *Vid...*, J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, pp. 410-411.

[Ver Texto](#)

(93) J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 411.

[Ver Texto](#)

(94) A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, «Arbitraje privado internacional», en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 1820-1821.

[Ver Texto](#)

(95) F. Virzi/ L. Martín, «El orden público procesal y la nulidad de los laudos arbitrales», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 9, octubre-diciembre, 2021, pp. 251-252.

[Ver Texto](#)

(96) F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 453.

[Ver Texto](#)

(97) F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 453.

[Ver Texto](#)

(98) F.-G. Prol Pérez, «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)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 10, enero-marzo, 2022, p. 455.

[Ver Texto](#)

(99) ATSJ Madrid CP 1ª 11 enero 2022.

[Ver Texto](#)

(100) STC 1ª 15 junio 2020; STC 1ª 15 febrero 2021; STC 1ª 15 marzo 2021.

[Ver Texto](#)

(101)

Algo así como «*quien se somete a arbitraje también se somete a los errores que pueda cometer de árbitro, es su riesgo y tiene que asumirlo*». Vid... ATSJ País Vasco CP 1ª, 19 abril 2012.

[Ver Texto](#)

(102)FD III ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

(103)J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, pp. 410-411.

[Ver Texto](#)

(104)J. Izquierdo/ M. Robles, «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros y vulneración del orden público español (Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero y de 17 de febrero 2021)», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, Wolters Kluwer, n.º 8, julio-septiembre, 2021, p. 411.

[Ver Texto](#)

(105)Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015.

[Ver Texto](#)

(106)FD II ATSJ Madrid CP 1ª 9 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:110A).

[Ver Texto](#)

## Arbitraje de equidad, motivación y valoración de la prueba

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 31 de marzo de 2022

### Arbitration in equity, statement of reasons and assessment of evidence

La Sentencia trae causa de una acción de anulación presentada por Iberdrola contra el laudo arbitral n.º 1/2022, expediente de arbitraje n.º 2, dictado por el Colegio Arbitral de Consumo de Guadalajara en fecha de 15 de noviembre de 2021. El recurrente alegó vulneración del orden público, por error patente y manifiesto de motivación, al amparo de los arts. 41.1 f) y 37.4º de la Ley de Arbitraje en relación con el orden público procesal por infracción del art. 24.1º CE por incorrecta valoración de la prueba. La Comunidad de propietarios, como parte demandada, contestó alegando que el laudo cuya anulación se pretendía se dictó en equidad (por serlo de consumo y a falta de sumisión a arbitraje de derecho), que está fundado en la prueba documental y; que el laudo contiene una motivación que es acorde a la resolución del conflicto que se ha presentado ante el tribunal arbitral. El tribunal rechaza la anulación del laudo por considerar que no va en contra del orden público.

Arbitraje de equidad — Orden público — Motivación — Valoración de la prueba.

The Judgment brings cause of an annulment action filed by Iberdrola against arbitral award No. 1/2022, arbitration file No. 2, issued by the Guadalajara Consumer Arbitration College on November 15, 2021. The appellant alleged violation of the order public, due to patent error of motivation, under the protection of arts. 41.1º.f) and 37.4º of the Arbitration Law in relation to procedural public order for violation of art. 24.1º EC for incorrect assessment of the *test*. The Community of Owners, as the *defendant*, replied alleging that the award whose annulment was intended was issued in equity (because it was for consumption and in the absence of submission to legal arbitration), that it is based on the documentary evidence and; that the award contains a motivation that is consistent with the resolution of the conflict that has been presented before the arbitral tribunal. The court rejects the annulment of the award on the grounds that it does not go against public order.

Equity Arbitration — Public Order — Motivation — Assessment of Evidence



Ana Fernández Pérez

Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá

## I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia objeto de este comentario proviene de una acción de anulación presentada por Iberdrola contra el laudo arbitral dictado por el Colegio Arbitral de Consumo de Guadalajara. El interés que subyace en la misma deviene por el tratamiento que realiza el Tribunal respecto a de la acción de anulación. Se plantean por el recurrente dos motivos de impugnación del laudo: vulneración del orden público, por error patente y manifiesto de motivación, al amparo de los arts. 41.1º.f) y 37.4º LA y vulneración del orden público procesal por infracción del art. 24.1º CE por incorrecta valoración de la prueba.

El orden público se ha utilizado con fuerza como elemento de demarcación del arbitraje frente al poder judicial. Tradicionalmente se ha diseñado como una muestra de soberanía estatal que actúa en la fase final del arbitraje. El orden público se utiliza con gran frecuencia en la práctica para solicitar la anulación de un laudo arbitral. El control de anulación del laudo es eficaz cuando no se han respetado los principios esenciales que conforman el arbitraje y su tramitación (1). Este control del laudo por infracción del orden público se fundamenta en tres elementos: es limitado, la causal debe ser alegada y probada por quien interpone la acción, salvo cuando la ley autorice expresamente a aplicar de oficio alguna causal (art. 41.2º LA) y debe infringir los principios básicos y esenciales del ordenamiento jurídico, esto es, la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente. Estos elementos han permitido conferir un papel reducido a esta causal, restringiendo su operatividad a situaciones excepcionales.

La STC 1ª 46/2020, de 15 de junio y, con carácter mucho más contundente, la STC 1ª 17/2021, de 15 febrero 2021, han truncado de una vez por todas la tendencia maximalista referida a la causal de orden público, volviendo la acción de anulación de los laudos a recuperar sus perfiles habituales (2). Entre otras cosas el Tribunal Constitucional ha aclarado que las causales de anulación del laudo arbitral son taxativas y no admiten generalidades y mucho menos pueden ser utilizadas para solventar cuestiones que debieron ser debatidas en el proceso convirtiendo este procedimiento anulatorio en una segunda instancia. Esta acción no está en modo alguno prevista para solucionar cuestiones relacionadas con la sustancia, el fondo del laudo arbitral, sino antes bien, para que la jurisdicción ordinaria asegure y garantice que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se haya ajustado a lo convenido por las partes en el convenio arbitral, no vaya en contra del orden jurídico y deje a salvo las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa. La restitución de esta función controladora, limitada, pero imprescindible, constituye una aportación esencial de la doctrina constitucional.

El orden público material es el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos obligatorios en una sociedad y en un momento determinado (3). El orden público procesal se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico que deben regir el procedimiento arbitral (4), y cuando en un arbitraje se contradigan tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público (5). Por tanto, el orden público abarca los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, los principios esenciales indisponibles para el legislador constitucional y los principios

admitidos internacionalmente (6) . La acción de anulación sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior.

## II. LA ANULACIÓN DEL LAUDO NO ES UNA SEGUNDA INSTANCIA

Ante la existencia de una cláusula arbitral la solución del conflicto es una facultad exclusiva del tribunal arbitral que se resolverá mediante un laudo dictado al efecto. Dicho laudo podrá ser susceptible de anulación de conformidad con la legislación vigente. La acción de anulación no puede entrar a valorar lo acordado por el Tribunal arbitral salvo que el razonamiento efectuado fuera absurdo, arbitrario, ilógico o ilegal. La impugnación por nulidad es distinta e independiente de la revisión por apelación que pudiese fijarse contra el laudo. En la acción de anulación se pretende revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y como es lógico, los medios de impugnación no resultan disponibles por las partes (7) . En la anulación el juez no puede analizar el contenido del laudo ni tampoco puede realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas que evidencien un error en la apreciación del árbitro (8) . El juez no puede revisar los pronunciamientos del laudo por lo que no se puede examinar de nuevo los argumentos sustentados por cada una de las partes, los medios probatorios, el sustento de la decisión, la aplicación del Derecho o la corrección del procedimiento, es decir, todo lo actuado en la vía arbitral. Por el contrario, en la apelación lo que se pretende es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo entrando directamente en el fondo del asunto. El legislador español estableció claramente la posibilidad de acudir a la acción de anulación contra un laudo arbitral como garantía de control para las partes sin limitar la autonomía de la voluntad y rechazó la posibilidad de acudir a apelación contra el laudo arbitral porque vulneraría esa autonomía de la voluntad de las partes. La finalidad última del arbitraje es llegar a una rápida solución extrajudicial de un conflicto. Si esta máxima se incumpliera ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo, el arbitraje quedaría desnaturalizado (9) . La revisión del fondo por parte de los tribunales estatales atentaría contra el principio a la eficacia de la justicia arbitral y, si se tratase de un arbitraje internacional, iría en contra de lo dispuesto en las convenciones internacionales del arbitraje comercial vinculantes para el Estado en cuestión (10) .

La acción de anulación no es un recurso ordinario ni extraordinario ante una jurisdicción ordinaria sino un procedimiento judicial nuevo para realizar un control formal del laudo. Por lo tanto, los laudos son irrecurribles. Incluso aunque las partes hayan pactado lo contrario. Dicho carácter afecta por igual a los laudos dictados en equidad y a los pronunciados en Derecho. No existe, pues, una «segunda instancia» en el sentido de que un órgano de superior jerarquía pueda pronunciar una nueva decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros (11) . La acción de anulación no permite la intervención del Poder Judicial como segunda instancia. En esta línea se pronuncia el TSJ de Castilla La Mancha en la sentencia objeto de este comentario donde el Tribunal reitera, tras un

análisis de las últimas sentencias del TC en esta materia, que la acción de anulación contra un laudo no puede convertirse en una segunda instancia en la que se pueda revisar el fondo. Así considera que «si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas —tampoco la relativa al orden público— pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación».

El papel de la jurisdicción ordinaria en sede de anulación es comprobar que se ha realizado una observancia de las formalidades exigidas y que los árbitros se han limitado a laudar sobre lo convenido. Es cierto que pueden dejar sin efecto cualquier exceso en el laudo, pero no pueden entrar a valorar la fundamentación realizada en el mismo. Por tanto, la anulación se basa en errores *in procedendo*. La revisión de fondo queda prohibida aunque impugnada de manera indirecta si se alcanza la anulación del mismo. La anulación no puede corregir las deficiencias del laudo. La acción de anulación tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo, esto es, el juez se encuentra limitado a revisar la forma no el fondo de la materia sometida a arbitraje, por lo que no nos encontramos ante una instancia superior.

### III. LA CAUSAL DE ORDEN PÚBLICO POR ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La causal de orden público tiene restringida su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a situaciones verdadera y realmente excepcionales (12). Como ya hemos expuesto «el juez de control debe limitarse a fiscalizar el resultado del laudo, verificando si los árbitros han sido conscientes de que existía un problema de orden público, descartado el examen de su motivación, y sin que sea necesario entrar a verificar cómo han resuelto los árbitros el problema» (13).

Tras la STC 46/2020 queda limitado el concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales (art. 41.1º f) LA) para evitar la vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes (art.10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art.24 CE). El art. 41.1º. f) LA no permite a los jueces en sede de anulación modificar el criterio alcanzado por el árbitro (14). La causal de orden público no puede servir al juez de control de herramienta que permita el control de la decisión arbitral (15). En otras palabras, el control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede suponer que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Además, como ya hemos expuesto, no estamos ante una segunda instancia revisora de los hechos y fundamentos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Si la resolución arbitral no puede considerarse arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

---

Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público debería ser necesaria una ausencia de tal valoración o

que se realizara de manera arbitraria, voluntarista o irracional conforme a las reglas legales, la experiencia, la lógica y el resultado de la prueba

---

Es habitual que las partes aleguen la causal de orden público por incorrecta valoración de la prueba practicada. No obstante, a través de la acción de anulación contra el laudo arbitral, no cabe intentar un nuevo juicio alegando error en la valoración de la prueba como vulneración del orden público por ausencia de verdadera motivación. Dada las características de la acción de anulación y su carácter diverso del proceso de apelación, el juez debe limitarse a controlar el resultado del laudo verificando si los árbitros no han vulnerado el orden público por falta de motivación y sin que sea necesario entrar a verificar cómo han resuelto la pretensión. Como se ha puesto de relieve, la acción de anulación no permite analizar la corrección en la aplicación de la Ley realizada por el árbitro, en el análisis de la cuestión de fondo, ni siquiera con respaldo en consideraciones de orden público (16).

El TSJ de Castilla La Mancha en la sentencia comentada afirma que para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público debería ser necesaria una ausencia de tal valoración o que se realizara de manera arbitraria, voluntarista o irracional conforme a «las reglas legales, la experiencia, la lógica y el resultado de la prueba». Siguiendo la doctrina constitucional, el TSJ de Castilla La Mancha en la Sentencia comentada, 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.

#### IV. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EQUIDAD COMO CAUSAL DE ANULACIÓN

La motivación de los laudos en equidad exige que se recojan en el laudo los fundamentos, aunque no sean jurídicos, para saber cuáles son las razones por las que el árbitro ha fallado (17). El laudo debe ser, por tanto, motivado (art. 48.1º RDAC). Nos encontramos ante el mismo nivel de garantía del derecho a una tutela judicial efectiva, que asegura que una resolución judicial no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, es decir que no sea arbitraria. No exigir una motivación adecuada haría de la aplicación de la legalidad tan sólo una mera apariencia. Por lo tanto, es importante que exista una «conexión lógica entre las premisas de las que parte y las conclusiones alcanzadas», que se indiquen las razones del rechazo de las pretensiones manifestadas por las partes «a partir de una selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales sobre la prestación de la voluntad de sometimiento a arbitraje que no resultan manifiestamente irrazonadas ni incurras en error fáctico». Es un hecho que la experiencia del Sistema Arbitral de Consumo permite afirmar que el juicio en equidad posibilita resoluciones más prácticas y adaptadas al caso concreto, y es un factor más que genera confianza.

---

En el arbitraje de equidad, aunque no se excluye la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente

---

A diferencia del arbitraje ordinario (art. 34.1º LA), el arbitraje de consumo se ejerce, por lo general, en equidad. El art. 33.1º Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC) es claro: «el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho». Ahora bien, que se ejerza un arbitraje aplicando la justicia al caso concreto, según el leal saber y entender de los árbitros no significa que la decisión no necesite motivación. Todo lo contrario, las razones que motivaron la decisión arbitral deben aparecer explicitadas en el laudo arbitral. La STC 43/1988, de 16 de marzo ya trató el arbitraje de equidad cuando afirmó que no se trataba de un ejercicio de arbitrariedad, sino que «constituye, desde el plano sustantivo uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el art. 3.2º Cc, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los tribunales en el caso de que la ley expresamente lo permita. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (saber y entender) por los jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias». Como bien afirma el TSJ de Castilla La Mancha en la sentencia objeto de este comentario, en el arbitraje de equidad los árbitros pueden reforzar «su saber y entender» con conocimientos jurídicos. Ello no excluye que el árbitro haya utilizado criterios basados en normas jurídicas, pero debe justificar que si lo ha hecho lo ha sido porque considera que dicho proceder responde a consideraciones de equidad. Pero también arguye el Tribunal que pueden prescindir de ellas y utilizar un razonamiento distinto, porque lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido en atención a lo justo o equitativo. Es el tribunal arbitral, como afirma la Sentencia, el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa. Para ello debe tener en cuenta las circunstancias del caso concreto aunque la solución sea incompatible con la que se hubiera dado de la aplicación de normas jurídicas.

Efectivamente, como hemos señalado, el laudo en equidad no está excluido de la necesidad de motivación, debiendo seguir como regla general un razonamiento similar al laudo de derecho (18). El laudo de equidad precisa de motivación al ser ésta una garantía de respeto de los derechos fundamentales que debe presidir cualquier actuación procesal y no un mero instrumento de cortesía hacia las partes que han entablado el arbitraje (19). Es más, al constituir una expresión del leal saber y entender del árbitro y al introducir criterios que no están necesariamente insertos en una ley, resulta de enorme importancia que el árbitro explicita como se llegó a su conclusión y que fundamente la justicia de esos criterios. A partir de aquí, la motivación debe dejar bien sentado que el árbitro ha llegado a una solución en equidad (20). Una cosa es que los árbitros estén eximidos de fundamentar jurídicamente su decisión (motivación jurídica) y otra muy distinta que esa exoneración



se extienda a la obligación de dictar un laudo «congruente», atendiendo a la propia esencia de sentido común que debe adornar al arbitraje, y «debidamente motivado», aunque la motivación no sea muy extensa (21). Esto es precisamente lo que el Tribunal arbitral realizó en el Laudo impugnado al basar su decisión apoyándose en el principio de proporcionalidad, al comparar los árbitros los importes facturados por el mismo servicio en fechas similares por las distintas compañías eléctricas y realizar los cálculos que estimó oportunos, sobre la base de la documental obrante en el expediente. La motivación entre el arbitraje de Derecho y el de equidad se diferencia en que en el primero el sustrato del fallo es la lógica jurídica, donde están presentes las denominadas reglas de la sana crítica, y en el segundo el razonamiento se encuentra delimitado por principios y normas de Derecho. Estamos ante una regulación de carácter unitario y la imposibilidad de controlar el fondo posee idéntico alcance en ambos casos: ni la apreciación y valoración de la prueba realizada por el árbitro ni su actuación procesal puede ser objeto de una revisión sustancial (22).

El análisis que realiza el Tribunal en la Sentencia comentada es muy elocuente. Afirma que «el juez no puede examinar la exactitud de la motivación del laudo a partir de la noción de orden público». Entiende que «el orden público no puede ser utilizado como comodín para anular un laudo con respaldo en eventuales errores del árbitro». Solo cabría para el Tribunal una afectación al orden público cuando se demostrara que la motivación fuera arbitraria o irracional sin entrar en el fondo, pero este no es el caso. El tribunal afirma que este laudo de equidad queda motivado «en la proporcionalidad referida entre los periodos facturados; y no es lícito anularlo por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas sean consideradas, a ojos de una de las partes que pretenda transmitir las al órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes».

## BIBLIOGRAFÍA

CASTEDO, F., «El "orden público" como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional* J.C. Fernández Rozas, coord.), Wolters Kluwer España, 2021. p. 65-70.

CREMADES SANZ-PASTOR, B., «La buena fe en el arbitraje internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n.º 1, 2012, pp. 13-36.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Revitalización del arbitraje en equidad», *Temas actuales de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2017, pp. 1-25.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, J.B. Bosch editor, 2017.

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

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª n.º 18/2012, de 2 de mayo)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, vol. 7, n.º 2, p. 469-477.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2015, n.º 8537.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista española de derecho internacional*, 2005, p. 605-637.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Wolters Kluwer España, 2021.

GONZÁLEZ-BUENO, C. y AZUARA FERNÁNDEZ, L., «Garantías procesales en el arbitraje de equidad», *La Ley mercantil*, n.º 35, abril 2017.

LOQUIN, E., *L'amiable composition en droit compare et international. Contribution a l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial international*, París, Librairies techniques, 1980;

MARTÍNEZ LAGE, S., «El orden público material en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Wolters Kluwer España, 2021. p. 169-174.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Anulación y revisión del laudo», *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, vol. 6: Arbitraje (M.A. Agúndez, coord.), 2010, pp. 187-205.

REMÓN PEÑALVER, J., «La anulación del Laudo: El Marco General, el Pacto de Exclusión y el Orden Público», *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008, pp. 115-132.

REMÓN PEÑALVER, J., «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *Indret*, 2007, n.º 3.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «La motivación del laudo», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cizur Menor, Cívitas/Thomson-Reuters, 2020, pp. 709-748.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., «La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 1, 2009, pp. 221-229.

(1)

J.F. Merino Merchán, «Anulación y revisión del laudo», *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, vol. 6: Arbitraje (M.A. Agúndez, coord.), 2010, pp. 187-205.

Ver Texto

- (2) Para un estudio en profundidad sobre la doctrina constitucional *vid.*. El libro coordinado por J.C. Fernández Rozas, *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Wolters Kluwer España, 2021.
- Ver Texto
- (3) SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio; y 54/1989, de 23 febrero y STS 54/2002 de 5 de febrero de 2002.
- Ver Texto
- (4) J. Sigüenza López, J., «La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 1, 2009, pp. 221-229.
- Ver Texto
- (5) J. Remón Peñalver, «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *Indret*, 2007, n.º 3.
- Ver Texto
- (6) STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4.
- Ver Texto
- (7) J.C. Fernández Rozas, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2015, n.º 8537.
- Ver Texto
- (8) SAP Madrid 13ª 24 mayo 2010.
- Ver Texto
- (9) ATC 2ª 231/1994, de 18 de julio.
- Ver Texto
- (10) *Ibid.*
- Ver Texto
- (11) J. Remón Peñalver, «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *Indret*, 2007, n.º 3.
- Ver Texto
- (12) J. Remón Peñalver, «La anulación del Laudo: El Marco General, el Pacto de Exclusión y el Orden

Público», *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008, pp. 115-132.

[Ver Texto](#)

(13) J.C. Fernández Rozas, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos...», *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

(14) F. Castedo, «El "orden público" como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Wolters Kluwer España, 2021. p. 65- 70.

[Ver Texto](#)

(15) S. Martínez Lage, «El orden público material en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Wolters Kluwer España, 2021. p. 169-174.

[Ver Texto](#)

(16) J.C. Fernández Rozas, «Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia Española», *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, VIII, n.º 3, 2015, pp. 823-852.

[Ver Texto](#)

(17) S.A. Sánchez Lorenzo, «La motivación del laudo», *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)*, Cívitas/Thomson-Reuters , 2020, pp. 709-748.

[Ver Texto](#)

(18) E. Loquin, *L'amiable composition en droit compare et international. Contribution a l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial international*, París, Librairies thecniques, 1980; A. Fernández Pérez, «Revitalización del arbitraje en equidad», *Temas actuales de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea*, Santiago de Chile , Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2017, pp. 1-25; *id.*, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, J.B. Bosch editor, 2017.

[Ver Texto](#)

(19) J.C. Fernández Rozas, «Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª n.º 18/2012, de 2 de mayo)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, vol. 7, nº 2, p. 469-477.

[Ver Texto](#)

(20) B. Cremades Sanz-Pastor, «La buena fe en el arbitraje internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n.º 1, 2012, pp. 13-36.

[Ver Texto](#)

<sup>(21)</sup> C. González-Bueno y L. Azuara Fernández, «Garantías procesales en el arbitraje de equidad», *La Ley mercantil*, n.º 35, abril 2017.

[Ver Texto](#)

<sup>(22)</sup> J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, p. 605-637.

[Ver Texto](#)

## El error patente o absurdo en el laudo arbitral

Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2022

### Patent error or absurdity in the arbitration award

Absurdo no siempre es sinónimo de erróneo. El «error» en la valoración de la prueba o en la aplicación del derecho en un laudo arbitral, en términos generales, no es susceptible de revisión en sede judicial. Lo absurdo es lo irracional, ilógico o arbitrario, de forma que entre las premisas que fundamentan el laudo y las conclusiones que sustentan la decisión falta el necesario enlace que permita calificar ese razonamiento como «motivación» lógica, según las reglas del criterio humano. No lo es, la mera discrepancia en la valoración fáctica o en la aplicación del derecho.

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Laudo arbitral — Error patente

Absurd is not always synonymous with erroneous. The «error» in the evaluation of evidence or in the application of the law in an arbitral award, in general terms, is not subject to judicial review. Absurdity is irrational, illogical or arbitrary, so that between the premises on which the award is based and the conclusions that support the decision, the necessary link is missing to qualify such reasoning as logical «motivation», according to the rules of human judgment. The mere discrepancy in the factual assessment or in the application of the law is not.

Arbitration — Action for annulment — Doctrine of the Constitutional Court — Arbitration award — Patent error



**Frederic Munné Catarina**

*Abogado, doctor en Derecho, Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)*

La STC de 4 de abril de 2022 aborda de nuevo una solicitud de amparo constitucional ante la estimación de una acción de anulación de laudo arbitral por parte del TSJ de Madrid por una supuesta infracción del orden público. Y una vez más la Sala Segunda del TC considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al constatar que el TSJ de Madrid lleva a cabo un control del contenido del laudo que excede del control externo que pueden llevar a cabo los tribunales, y en consecuencia declara la nulidad de la sentencia y ordena que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental que ha sido vulnerado. Todo ello conlleva un aberrante peregrinaje judicial que lo sitúa en las antípodas de la voluntad de las partes que sometieron la

resolución de sus controversias precisamente fuera del ámbito jurisdiccional.

El caso analizado por el Tribunal Constitucional deriva de un procedimiento arbitral que versaba sobre la resolución de un contrato de ejecución de una obra hidráulica en Valencia y Alicante, suscrito entre una UTE y la sociedad pública ACUAMED, en el que esta última alegó la pendencia de un proceso penal sobre la financiación irregular de diversos contratos entre los cuales estaría el contrato de obra objeto del arbitraje. El laudo estimó que no concurría la prejudicialidad penal alegada por considerar que las diligencias penales invocadas por ACUAMED no guardaban relación con la ejecución del mencionado contrato de ejecución de obra pública. No obstante, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid anuló el laudo arbitral al entender que la falta de apreciación de la alegada prejudicialidad penal por parte del árbitro infringía el orden público, por cuanto a su juicio incurría *«en un error anudado a la no apreciación por parte del árbitro de la existencia de dicha prejudicialidad y en suma, no haber suspendido el procedimiento arbitral, absteniéndose de hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa»*. El TSJ de Madrid vuelve a equiparar, confundir en realidad, el supuesto error cometido con la vulneración del orden público.

La Sala entra a enjuiciar lo que no le correspondía: la valoración fáctica. Y tras ese indebido enjuiciamiento considera, en contra de lo resuelto por el árbitro, que las diligencias penales sí guardaban relación con el contrato objeto del arbitraje. Es decir que la Sala del TSJ de Madrid discrepa del árbitro y entiende que sí concurre prejudicialidad penal.

No obstante, el concepto de «orden público» que debe respetar todo laudo arbitral comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizadas por la Constitución y los principios esenciales e indisponibles admitidos internacionalmente, como el derecho a un juicio justo o la interdicción de la arbitrariedad. Dicho control no alcanza al mero error en la valoración fáctica o jurídica de la controversia, puesto que el órgano judicial no supe ni puede suplir al árbitro en su función de valorar la prueba practicada y de aplicar el derecho. En este sentido, es preciso distinguir entre los errores subsanables (error material y error patente) y los insubsanables (error de hecho y error de derecho) en que puede incurrir un laudo arbitral:

- a) El error de hecho, en la valoración fáctica, simplemente es una diferente percepción o aprehensión de los hechos objeto de prueba, que no es susceptible de corrección tras el dictado del laudo, porque integra el enjuiciamiento de la controversia sometida a arbitraje, que incumbe tan sólo al árbitro. No es un error subsanable. Las únicas excepciones vienen dadas por algunos de los supuestos que contempla el art. 510 LEC, tales como:
  - i. El error derivado del desconocimiento de la existencia de documentos decisivos no dispuestos por causa fuerza mayor o por ocultación de la parte favorecida por el laudo;
  - ii. El error provocado por la declaración de falsedad documental en un proceso penal posterior al laudo o cuya falsedad fuese ignorada por la parte que lo alega, siempre que se trate de documentos en los que se haya sustentado el laudo.

No constituiría en cambio tal excepción, el supuesto del laudo fundado en el falso testimonio de un testigo o un perito, por cuanto en España no integra el tipo penal su comisión en sede arbitral,

al exigirse que tenga lugar en «*causa judicial*» ( art. 458 CP), y requerir el art. 510 que exista condena penal.

- b) El error de derecho, que en realidad es una discrepancia jurídica entendida como el error en la aplicación o la interpretación del derecho aplicable, es obvio que tan sólo incumbe al árbitro, porque también integra la función de enjuiciar la controversia sometida a arbitraje al subsumir los hechos en la norma jurídica (arbitraje de derecho) o en la justicia material del caso concreto (arbitraje de equidad). Lo ilegal en un laudo arbitral, en lo que atañe a la legislación sustantiva ordinaria no es subsanable. Y la única excepción también sería uno de los supuestos que contempla el art. 510 LEC:
- i. El error de derecho «doloso», causado por violencia o maquinación fraudulenta utilizada para conseguir el dictado del laudo (art. 510 LEC).
  - ii. En cambio, no parece que pueda constituir tal excepción, el error provocado por una dádiva o soborno, porque cuando ello tenga lugar en sede arbitral y sin perjuicio de la responsabilidad civil que comporta, en nuestro Ordenamiento jurídico no parece cumplirse el tipo penal del cohecho (art. 419 CP) en los términos que exige el art. 510 LEC, dado el carácter privado del arbitraje y la ausencia de la «función pública» en su tramitación.
- c) El error material o *lapsus calami* (de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar) es subsanable, por cuanto es susceptible de corrección por el cauce previsto en el art. 39 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (LA), fiel reflejo del art. 33 de la Ley Modelo UNCITRAL. Ahora bien, siendo un error subsanable, lo es tan sólo por parte del propio árbitro, de modo que por muy injusto y obvio que pueda ser el *lapsus calami*, si no se corrige por el cauce de la aclaración del laudo (art. 39 LA), no puede ni debe corregirse en sede judicial porque la acción de anulación debe respetar, en todo caso, el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral.
- d) El error patente o arbitrariedad, consistente en una motivación del laudo contraria a la lógica o razonamiento humano también es subsanable. Y en este caso lo es por el cauce de la vulneración del orden público del art. 41 LA, que como tiene declarado nuestro Alto Tribunal ello «*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*» (STC 17/2021), lo que implica que «*la acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores 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*» (STC 17/2021). Así sería arbitrario que el árbitro se abstenga por completo, por descuido o deliberadamente, de examinar las posibilidades contrarias que arroja una parte de la prueba distinta a la fundamenta su fallo, es decir motivar el laudo con la parte que es útil para sustentar el fallo con absoluto silencio de la parte que lo perjudica, del mismo modo que sería absurdo una interpretación de la prueba grosera y contraria al raciocinio humano o por transgredir máximas de experiencia, o que conduzca a conclusiones incoherentes o contradictorias, afirmando a la



vez una cosa y la contraria. Todo ello sin perjuicio de que los árbitros no están en absoluto obligados a ponderar de forma expresa todos los elementos probatorios aportados, sino aquellos conducentes a fundamentar el laudo.

Además de los errores precedentes de carácter sustantivo, en un arbitraje se puede incurrir también en errores procesales, que para que tengan relevancia a efectos de la acción de anulación deben referirse al cumplimiento de las garantías fundamentales y al proceso debido, como lo son el derecho de defensa, igualdad, audiencia o bilateralidad, contradicción y prueba (art. 41 LA) en la tramitación del proceso arbitral y su reflejo en el laudo.

---

Tratándose de una eventual prejudicialidad penal, lo absurdo sería apreciar que existe conexión entre la cuestión litigiosa objeto del arbitraje y la cuestión penal alegada como prejudicial y no acordar, en consecuencia, la suspensión del procedimiento arbitral antes del dictado del laudo definitivo

---

En este sentido, y volviendo al supuesto de hecho de la STC de 4 de abril de 2022 sobre la vulneración del orden público por haber realizado una motivación errónea respecto a la prejudicialidad penal invocada por una de las partes del arbitraje, el único error susceptible de anulación del laudo sería el error patente, arbitrariedad, absurdidad o irracionalidad en la fundamentación del laudo equiparable a la ausencia de motivación. Y tratándose de una eventual prejudicialidad penal, lo absurdo sería apreciar que existe conexión entre la cuestión litigiosa objeto del arbitraje y la cuestión penal alegada como prejudicial y no acordar, en consecuencia, la suspensión del procedimiento arbitral antes del dictado del laudo definitivo. Lo absurdo es afirmar a la vez que sucede «a» y «no a». En nuestro caso, si cuando a) necesariamente concurre b), el absurdo es que cuando a) se afirme que no sucede b), pero no es un absurdo que el árbitro estime que no sucede a) y de ahí deduzca que no concurre b). En ambos casos la conclusión es la misma: no sucede b), pero tan sólo el primero el razonamiento sería absurdo porque partía de la premisa *formulada por el propio árbitro* de que estimaba acreditado que sucedía a) para concluir que no sucede b). Es decir que el árbitro es soberano de estimar la concurrencia de cualquier premisa fáctica o normativa, y el vicio del absurdo sólo concurre cuando estimando que sucede una determina premisa, de ello no se deriva la consecuencia lógica según el razonamiento humano, sino una consecuencia diferente e irracional, ilógica o arbitraria.

En definitiva, el error patente existe cuando el razonamiento es ilógico, no cuando es discutible. Lo absurdo, por irrazonable es valorar la prueba en el sentido de no apreciar la conexión y acordar la suspensión, o a la inversa valorar la prueba apreciando que concurre aquella conexión entre la cuestión litigiosa objeto del arbitraje y la cuestión penal alegada y no acordar la suspensión. Los hechos son de libre valoración por parte del árbitro (art. 25.2º LA), del mismo modo que el derecho debe ser aplicado e interpretado por el árbitro (art. 34 LA), porque así lo han querido las partes al

someter a su exclusivo conocimiento la solución de la controversia, pero lo que no puede ni debe hacer el árbitro, so pena de nulidad del laudo por vulnerar el orden público, es caer en el absurdo de valorar la prueba en un sentido y aplicar el supuesto de hecho normativo en el sentido opuesto, incoherente o contradictorio a la consecuencia prescrita por la norma para ese supuesto de hecho normativo.

En efecto, en vuestro caso, el supuesto de hecho (prejudicialidad penal) de la STC 4 de abril de 2022, sería lógico no apreciar conexión entre la cuestión litigiosa objeto del arbitraje y la cuestión penal alegada como prejudicial y como consecuencia *lógica* de ello, no suspender el procedimiento arbitral. También lo sería apreciar dicha conexión y con base a ello acordar la suspensión. La cuestión no radica en la decisión adoptada por el árbitro, sino en la falta de la necesaria correlación lógica o coherencia entre los hechos probados y su consecuencia jurídica.

Entre un laudo que no aprecia la existencia de conexión y no suspende el laudo y otro que sí la aprecia y tampoco acuerda la suspensión no hay diferencia en lo resuelto por el árbitro. Sin embargo, por más que en ambos casos el resultado (el fallo) sobre la prejudicialidad alegada sea el mismo, el primer laudo incurre en el vicio del absurdo y por ello es anulable por el cauce de la vulneración del orden público, mientras que el segundo no lo es, porque el razonamiento que lo sustenta no es absurdo, por más que pueda ser discutible u opinable si concurre o no la conexión apreciada por el árbitro, pero ello no permite calificarlo de absurdo a efectos de estimar que el laudo carece de motivación (1). La mera discrepancia en la valoración de la prueba o en la calificación e interpretación jurídica de los hechos probados es un examen propio de una segunda instancia, de la que el arbitraje carece en sede judicial y que incumbe exclusivamente a los árbitros por expresa voluntad de las partes. Dicho examen es impropio de una acción rescindente como la de anulación del laudo con efecto de cosa juzgada (art. 43 LA) como la que se contempla en los arts. 40 a 42 LA.

Lo resuelto en el laudo es, sin duda, susceptible de opiniones diversas, de visiones o comentarios diferentes, e incluso es susceptible de distinta valoración fáctica o jurídica, pudiendo incurrir incluso en la ilegalidad por errar en la aplicación del derecho sustantivo, pero ese error humano, aunque pueda dar lugar a una eventual responsabilidad civil, carece de relevancia jurídica a efectos de anulación del laudo. Como hemos señalado con ocasión de la STC de 15 de junio de 2020 el principio de voluntariedad se configura como garante de la autonomía de la voluntad vinculada con la libertad, en tanto que valor superior del Ordenamiento jurídico, de forma que el convenio arbitral conlleva la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en cuanto al fondo de la *litis*, cuya cognición y enjuiciamiento queda vedada a la Jurisdicción, por expresa voluntad de las partes, de donde se deriva la necesidad de una interpretación restrictiva del concepto de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral. El orden público opera como límite a la autonomía de la voluntad en garantía de los derechos y libertades fundamentales, en especial el derecho al juicio justo (art. 24 CE) y la proscripción de la arbitrariedad patente (art. 9.3º CE), pero en ningún caso opera respecto del error de hecho o de derecho.

En este mismo sentido, a título de ejemplo, una reciente sentencia del TSJ de Catalunya de 7 de abril de 2022, anula parcialmente un laudo en lo relativo al pronunciamiento sobre las costas del arbitraje,

porque «*el laudo parte de que la imposición de las costas se rige de forma preferente por los pactos alcanzados entre las partes, y pese a constar en las actuaciones un pacto específico al respecto y sin declarar la invalidez o cuanto menos la inoponibilidad de ese pacto frente a la instada, resuelve ese aspecto de la controversia haciendo aplicación del criterio estrictamente supletorio (principio del vencimiento), lo que ha de calificarse de arbitrario o irracional*». Y es que el criterio supletorio del reglamento de la institución arbitral no puede prevalecer sobre el criterio principal contemplado en el mismo reglamento, cual es el de la autonomía de la voluntad, cuando consta un pacto específico entre las partes, pues como señala la misma sentencia «*tales razonamientos han de calificarse de arbitrarios pues contradicen las premisas que establece el propio árbitro para decidir acerca de la imposición de las costas*», faltando la necesaria correlación racional entre las premisas y la conclusión, dando lugar a un razonamiento absurdo, contrario a la lógica del razonamiento humano.

En definitiva, el absurdo no puede sustentarse en la mera exposición de un criterio diferente al de los árbitros, aunque sea jurídicamente más acertado, sino que es preciso acreditar que existe una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas concurrentes del caso, que resultan insostenibles a la luz de la sana crítica.

.....

(1)

Ante la alegación de prejudicialidad penal, tampoco procedería la anulación del laudo arbitral, aunque la decisión de no suspender fuese irrazonable, si antes de pronunciarse sobre ella hubiese ya concluido el procedimiento penal mediante su sobreseimiento o la absolución penal, porque habría desaparecido el riesgo que se quiere evitar con la suspensión por prejudicialidad penal: que hechos delictivos sustenten las pretensiones de las partes y fundamenten de forma decisiva el laudo.

[Ver Texto](#)

## NOTAS



### El incidente de nulidad de actuaciones ¿Otra vía más para entrar a conocer del fondo?

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de septiembre de 2021

The incident of nullity of the proceedings, another way to enter into the merits of the case?

Dentro del conjunto de decisiones judiciales que se han ido tomando sobre lo que ya puede denominarse como la «saga *Mazacruz*», parece que no se le ha prestado mucha atención al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 52/2017 de fecha 9 de septiembre de 2021, quizás porque, al tener una fecha posterior a la STC de fecha 15 de febrero de 2021 (que es una de las recientes decisiones del Tribunal Constitucional que han venido a precisar la doctrina de dicho tribunal en punto a las facultades del juez controlador de la validez del laudo), no se esperaba que la decisión sobre un incidente de nulidad de actuaciones (que, como veremos después, tiene un cierto carácter «pre-recurso de amparo»), pudiese ser otra que la desestimación del incidente de nulidad interpuesto.



Francisco G. Prol Pérez

*Abogado y árbitro*

## I. ANTECEDENTES

El ATSJ Madrid CP 1ª 52/2017 9 de septiembre de 2021 (el Auto) desestima el incidente de nulidad interpuesto contra la decisión del TSJM, que no estimó la acción de nulidad interpuesta contra el

laudo de 6 de abril de 2017 (y su complemento de 25 de mayo de 2015), origen de la saga *Mazacruz*.

Este incidente de nulidad se basa en consideraciones que, a juicio de la mayor parte del Tribunal que debe conocer de tal incidente:

«...no suponen sino la reproducción de los fundamentos de fondo de la demanda de nulidad, sobre los que el árbitro se pronunció expresamente en su Laudo y constituyen, por tanto presupuestos de fondo o sustantivos de la aplicación del derecho —aunque el Laudo se resolviera en equidad—, que hace el árbitro y que como apuntaremos excede de los límites y finalidad del incidente de nulidad planteado» (1).

El párrafo transcrito muestra a las claras la posición de la mayoría del Tribunal contraria a entrar a conocer del fondo del asunto, por exceder de los límites y finalidad del incidente de nulidad (2).

## II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

A la hora de precisar la naturaleza jurídica del incidente de nulidad, el Auto comienza por señalar la regulación de este incidente, poniendo de manifiesto su íntima conexión con el recurso de amparo. Así, el Auto cita (3) el ATS de 28 de enero de 2019 que dispone; «*El régimen del recurso de nulidad de actuaciones viene establecido en los artículos 240 y 241 de la LOPJ en su redacción dada por la LO 6/2007, de modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, que establece asimismo una nueva regulación del recurso de amparo constitucional.*». Siendo el art. 241 LOPJ el que está dedicado en exclusiva a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones.

De lo dispuesto en el artículo antes mencionado, el Auto deduce las siguientes características de este tipo de incidente:

- A. Permite atacar sentencias o resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza, al margen del recurso de revisión. Esta posibilidad debe entenderse como una novedad del sistema creado en 2007 y debe incardinarse en la nueva regulación del recurso de amparo constitucional.
- B. Señala el Auto, como principal característica del incidente de nulidad de actuaciones, que éste «*pretende reparar situaciones de vulneración de derechos fundamentales e indefensión que no han podido ser denunciadas con anterioridad a la resolución que pone fin al proceso, ni existen recursos en los que puedan ser invocadas.*». Conviene aquí identificar con precisión el objeto de este incidente.

Así:

- i) El incidente de nulidad de actuaciones se podrá interponer contra sentencias y resoluciones judiciales que impliquen una vulneración de derechos fundamentales. Más específicamente, el art. 241.1º LOPJ dispone que los derechos fundamentales, cuya violación puede provocar la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, serán los contemplados en el art. 53.2º CE (4).

- ii) Que las situaciones de vulneración no hayan podido ser denunciadas con anterioridad al fin del proceso (en consonancia con la idea de que sólo podrán ser objeto del incidente las resoluciones que hayan adquirido firmeza).
- iii) Que contra las resoluciones contra las que se intenta la nulidad no quepa recurso, ordinario o extraordinario, alguno.

### C. Es un remedio de carácter excepcional

Está previsto para situaciones extraordinarias en las que, en razón de la importancia de los derechos protegidos, se hace necesario la utilización de medidas excepcionales y con efectos definitivos en la posibilidad de ejecución de las resoluciones objeto del incidente de nulidad.

El Tribunal Constitucional, ha calificado el incidente de nulidad frente a Sentencias firmes como un «remedio procesal de carácter extraordinario» (5), por dirigirse, en definitiva, contra Sentencias en principio inalterables como consecuencia de su firmeza.

Para precisar la naturaleza jurídica del incidente del que estamos tratando, parece necesario añadir otras características a las anteriormente vistas. Así:

- A. No puede ser considerado como un recurso extraordinario. M. Serra Domínguez (6) niega que pueda ser considerado un recurso por las siguientes razones: 1º no está sometido a plazo preclusivo de interposición, característica común a los recursos; 2º no se dirige sólo contra resoluciones sino contra actuaciones judiciales, concepto más amplio ya que comprende los actos judiciales distintos de las resoluciones; 3º su estimación no determina la sustitución por otra de la actuación anulada, sino simplemente la revocación de dicha actuación, y en su caso de las posteriores, y normalmente la retroacción del proceso al momento en que se produjo la nulidad; y 4º el art. 745.1º LEC no se encuentra situado sistemáticamente junto a los recursos, sino como una de las cuestiones incidentales que pueden surgir en el transcurso del proceso.

Aunque el TC reconoce que no constituye un recurso, alguna vez lo ha analizado desde la óptica del derecho a los recursos. Así, la STC (Sala Segunda) núm. 157/2009 de 29 junio, F. 2 (RTC 2009\157) puntualiza que «aun cuando el incidente de nulidad de actuaciones regulado actualmente en el art. 241 LOPJ no constituye un recurso en sentido estricto, sin embargo es un cauce procesal que al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido» (7).

El que no sea considerado como un recurso, impide que el juez que ha de tomar la decisión sobre el incidente de nulidad de actuaciones no pueda entrar a conocer del fondo de la resolución judicial cuya nulidad se pretende, debiéndose limitar a comprobar la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos fundamentales. Según afirma Vicente Pérez Daudí (8): «Cuando la jurisprudencia afirma que no nos hallamos ante una tercera instancia ni ante un medio alternativo de impugnación lo que está haciendo es delimitando el objeto del incidente. Lo que pretende es evitar que a través del mismo se revise la cuestión de fondo ya resuelta en la

sentencia judicial y se utilice como una nueva instancia judicial.»

En palabras del TC (9) : «... su naturaleza excepcional impide que pueda utilizarse el incidente de nulidad de forma indiscriminada o convertirlo en una última instancia que permita un análisis de los hechos y de las pruebas practicadas o para combatir la interpretación de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezca a un proceso lógico, y que haya servido de base a la convicción psicológica en que conste la resolución.»

Abundando en esta idea, la jurisprudencia (10) afirma, al tratar sobre el objeto del incidente, que no forma parte del mismo la revisión de la valoración ya efectuada.

- B.** Se considera (11) como un remedio subsidiario al recurso de amparo, al que se le otorga el carácter de «pre-recurso» de amparo, con la intención de evitar llegar al recurso definitivo por excelencia, como es el recurso de amparo. Algunos autores niegan el carácter de subsidiaridad que otros predicán del incidente de nulidad de actuaciones.

Sin embargo, no parece que el fin de evitar la interposición del recurso de amparo, mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, se haya logrado. Especialmente en los últimos tiempos, se viene considerando el incidente de nulidad de actuaciones como un paso previo a la interposición del recurso de amparo, que sólo se intentará si el incidente no es estimado.

De todo lo anteriormente expuesto, se deduce que el incidente de nulidad de actuaciones y la acción de anulación de laudos comparten muchas características comunes. Los dos institutos jurídicos sirven para remediar violaciones de derechos fundamentales, tienen el carácter de medida extraordinaria, no pueden ser considerados como recursos y con su interposición se pretende que se declare la nulidad de la resolución impugnada.

---

### El incidente de nulidad de actuaciones y la acción de anulación de laudos comparten muchas características comunes

---

Sin embargo, entre los dos hay una fundamental diferencia; mientras con el incidente de nulidad de actuaciones se pretende que se declare nula una resolución judicial, en el caso de la acción de anulación del laudo se impugna una resolución arbitral (sea de un árbitro único o de un tribunal arbitral), lo que le concede una singularidad a cada una de las figuras, que impide que se pueda conocer de cualquiera de ellas utilizando parámetros aplicables solamente a la otra institución (12) .

### III. ¿SE ESTÁ CONFIGURANDO EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES COMO UNA NUEVA VÍA DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS?

En estos últimos tiempos parece observarse una tendencia al aumento de los incidentes de nulidad que se inician contra las sentencias desestimatorias de las acciones de anulación de laudos. Las

razones que motivan el inicio de estos incidentes pueden ser varias, aunque hay una que descolla sobre todas las demás; el intento de la parte que no ha visto satisfechas sus pretensiones en la resolución de la acción de anulación (a su vez interpuesta por no haber sido atendidas sus peticiones en el laudo) de conseguir una nueva decisión sobre la acción de anulación interpuesta en un primer momento, que, esta vez sí, tenga en cuenta y satisfaga sus pretensiones anulatorias del laudo que le ha sido desfavorable (lo que implicaría la repetición de todo el proceso arbitral, que ya acabó con el laudo objeto de anulación).

Así pues, la parte no conforme, por las razones que sean, con el laudo dictado tiene tres posibilidades de intentar revertir la situación al momento inicial de comienzo del procedimiento y obtener, a través de un nuevo laudo, satisfacción a sus pretensiones; la acción de anulación, el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo.

Llegados a este punto, nos encontramos con dos principios cuya aplicación supone una cierta contradicción. Por un lado, el principio de ejecutividad del arbitraje exige que el laudo produzca sus efectos en el menor tiempo posible (siendo ésta una de las causas principales por los que la ley no prevé ningún recurso contra el laudo definitivo y le otorga la fuerza de cosa juzgada).

Por otro lado, dado que, tanto la acción de nulidad como el incidente de nulidad de actuaciones, tienen como objeto evitar las violaciones de derechos fundamentales, valores supremos de nuestra Constitución. El respeto a dichos derechos fundamentales conlleva la necesidad de prever una serie de medidas, cuantas más mejor, que puedan asegurar a los ciudadanos la prestación por el Estado de la tutela judicial efectiva, tal y como se dispone en el art. 24 de la CE.

Parece pues difícil limitar las posibilidades antes reseñadas, dado la importancia de los derechos que tratan de proteger. Por el contrario, una limitación de las armas que se conceden a los intervinientes en el procedimiento arbitral para defender sus derechos fundamentales podría redundar en una mayor eficacia del laudo arbitral, sin que las partes que han intervenido en el procedimiento arbitral quedasen desprovistas de protección de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, y en lo tocante al incidente de nulidad de actuaciones, es cierto que el art. 241.1º LOPJ, que regula dicho incidente, ya contiene una serie de limitaciones al inicio de este expediente, al disponer que: «El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno».

¿Qué se ha de entender por «suscitar otras cuestiones»? En el párrafo anterior del mencionado artículo se habla del «*defecto causante de indefensión*», ¿quiere esto decir que las *cuestiones* diferentes a la indefensión? (cuando el TC ha estatuido sobre los recursos de amparo en los que se ventilan problemas de orden público, habla siempre de posible violación del art. 24.1º CE, *sin indefensión* (13) ) o, por el contrario, cuando se refiere a *indefensión*, el art. 241 LOPJ sólo quiere otorgar un plazo especial de prescripción (5 años) a los supuestos en que el incidente se inicie en base a la indefensión supuestamente sufrida por una de las partes (en contraposición a los otros supuestos distintos de la indefensión, que gozan de un período de prescripción de 20 días (14) ).



---

Se percibe una tendencia creciente a la utilización de todos los medios que la normativa aplicable pone en manos de las partes para, so pretexto de que sus derechos fundamentales han sido violados, impedir o, cuando menos, diferir la entrada en vigor de los efectos del laudo

---

Por último, y como vimos con anterioridad, el incidente de nulidad de actuaciones no puede iniciarse contra aquellas resoluciones que no sean susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario. Ya se ha mencionado que el recurso de amparo es un recurso de carácter extraordinario (15), ¿quiere esto decir que el tribunal que ha de conocer del incidente de nulidad podría inadmitir a trámite el incidente de nulidad por ser susceptible de un recurso extraordinario (el recurso de amparo)?

Hay que tener en cuenta que, si se privase a las partes acudir al incidente de nulidad de actuaciones (como paso previo a la interposición del recurso de amparo) y después, por la causa que fuese, no se admitiese el recurso de amparo, las partes podrían sufrir una notoria merma de su capacidad para proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales.

No parece que en el estado actual del sistema de protección de los derechos fundamentales, se permita una limitación de las medidas que otorgan dicha protección. Es más, como ya se ha comentado, se nota una tendencia creciente a la utilización de todos los medios que la normativa aplicable pone en manos de las partes para, so pretexto de que sus derechos fundamentales han sido violados, impedir o, cuando menos, diferir la entrada en vigor de los efectos del laudo.

#### IV. EL VOTO PARTICULAR

Cualquier comentario del Auto quedaría incompleto si, aunque sea de manera breve, no se hiciese mención al voto particular que uno de los Magistrados del TSJ de Madrid, siguiendo su posición de origen en este caso (el ya famoso caso *Mazacruz*), ha redactado y firmado y que se encuentra incluido en el Auto.

En el mencionado voto particular el Magistrado disidente expone (profusamente y a veces con las mismas expresiones que ya utilizó en su oposición a la sentencia del TSJ de Madrid desestimatoria de la acción de nulidad) que el laudo, que recayó en el procedimiento *Mazacruz*, debió de ser anulado por haber realizado el árbitro juzgador una fundamentación equivocada, ilógica y totalmente errada, que debía ser considerada como una fundamentación meramente aparente y, por tanto, inexistente, lo que provocaba la necesidad de anular la decisión arbitral por violación del orden público.

Hay algunos aspectos del voto particular que llaman la atención. El primero de ellos es la previsibilidad de la formulación del voto particular, que ya es reconocida en el cuerpo del Auto,

cuando el ponente, representante de la mayoría del Tribunal, habla de «... *el extenso y razonado voto particular emitido, como era de esperar ...*». Dicho ponente manifiesta que el desacuerdo del Magistrado disidente está referido a la decisión de fondo adoptada por la mayoría del Tribunal, pero no porque su decisión haya incurrido en alguno de los vicios que acarrearán la nulidad, conforme a lo dispuesto en el art. 238 LOPJ.

Y esta afirmación del ponente nos lleva a un punto que parece necesario destacar; da la impresión que el voto particular analiza, estudia y manifiesta su desacuerdo con la decisión originaria del TSJ de Madrid denegatoria de la acción de nulidad, pero no se ocupa, al menos tan en detalle, de la decisión del TSJ sobre el incidente de nulidad de actuaciones, en cuya decisión —el Auto— está incluido su voto particular y que debía haber sido el origen principal de su análisis, reiterando argumentos y tomas de posición que se refieren a una decisión judicial distinta de aquella que debió ser analizada.

El segundo aspecto del voto particular que da que pensar, tiene una íntima ligazón con lo expuesto en los párrafos anteriores. Al manifestarse en contra de la decisión de la mayoría del Tribunal sobre el incidente de nulidad de actuaciones, el Magistrado disidente no está calificando de irracional y equivocada la fundamentación que haya podido hacer un árbitro en un procedimiento arbitral, sino que está aplicando los mismos calificativos a una decisión judicial tomada por unos compañeros suyos del mismo rango.

Hay jueces que han manifestado una cierta tendencia a considerar como fundamentación errónea, ilógica e inexistente la que el árbitro expone en el laudo, por el mero hecho de que su decisión no se corresponde con la que dichos jueces habrían tomado de tener el procedimiento el carácter de judicial y no arbitral (16).

Pero en el caso que nos ocupa, no estamos hablando de la consideración de una decisión de un árbitro (17) como errada, por basarse en una fundamentación ilógica o irracional, estamos ante una decisión de los «pares» del Magistrado disidente, de jueces de la misma categoría a los que se atribuye una cierta dosis de negligencia por haber dictado una resolución con una fundamentación casi-inexistente (por errónea e ilógica).

No parece que se pueda sostener con criterios fundados que, en un tribunal de 3 miembros, el voto de dos de sus integrantes, contrario a la opinión del tercero, se basa en una fundamentación errónea, ilógica y equivocada por el mero hecho de no ser coincidente con la opinión del tercer integrante del tribunal.

Madrid, mayo de 2022

.....

(1)  
F.D. 1.

[Ver Texto](#)

- (2) Por el contrario, el Magistrado que emitió un voto discrepante, que fue incluido en el Auto, considera que el incidente debió de ser estimado, por entender que la fundamentación del laudo era errónea y equivocada lo que había producido una violación del orden público que justificaría la aceptación de las peticiones contenidas en la acción de anulación que se interpuso en su momento.
- Ver Texto
- (3) F.D. 2.
- Ver Texto
- (4) «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.»
- Ver Texto
- (5) ATC 327/2003, de 20 de octubre, F. 3.
- Ver Texto
- (6) M. Serra Domínguez, «El incidente de nulidad de actuaciones», *Justicia*, 1981, número especial, p. 56.
- Ver Texto
- (7) STC 57/2006, de 27 de febrero, F. 3.
- Ver Texto
- (8) V. Pérez Daudí, «La función del incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme» [<https://app.vlex.com/#vid../incidente-nulidad-actuaciones-despua-firme-481094478>], pp. 261-275.
- Ver Texto
- (9) ATC 17 junio de 2002.
- Ver Texto
- (10) Entre otros los autos del TS de 8 de febrero de 2011, de 25 de mayo de 2010, de 20 de abril de 2010, de 13 de abril de 2010, de 1 de diciembre de 2009 y de 16 de junio de 2009 [citados por V. Pérez Daudí, *op. cit.*]
- Ver Texto
- (11) M. Serra Domínguez, *op. cit.*
- Ver Texto
- (12) Volveremos sobre este punto al hablar del voto particular emitido en el Auto.

[Ver Texto](#)

(13)

El subrayado y la negrita son del autor.

[Ver Texto](#)

(14) En lugar de los 5 años que se conceden en los casos de indefensión.

[Ver Texto](#)

(15) *Vid...* ATC 327/2003, de 20 de octubre, F. 3., ya mencionado.

[Ver Texto](#)

(16)

Esta idea la resumió de forma cristalina el Presidente de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Madrid, D. Celso Rodríguez Padrón, quien en su voto particular a la sentencia de ese Tribunal de 22 octubre 2021 dice: «Muchas veces hemos dicho que 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.»

[Ver Texto](#)

(17) Por más que en el caso *Mazacruz*, en el que uno de los temas a discutir es si la admisión de la disolución de la sociedad fue una decisión correcta o no, el árbitro único es Catedrático de Derecho Mercantil.

[Ver Texto](#)

## Nulidad del laudo por indefensión tras una notificación deficiente

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de octubre de 2021

### Nullity of the award on the ground of lack of defence following deficient notification

La necesidad de que la notificación se haga respetando las más elementales garantías de defensa, no es una exigencia desconocida en el ámbito del arbitraje. En el presente trabajo abordaremos el idioma en el que debe realizarse la notificación arbitral transfronteriza y, también, los posibles elementos a tener en cuenta para saber si, a pesar de ser la notificación regular, según el régimen legal aplicable, la notificación sin la oportuna traducción es causa o no de indefensión a fin de declarar nulo el laudo dictado.



**Nuria Marchal Escalona**

*Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada*

1. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 de octubre de 2021, declaró la nulidad de un laudo arbitral dictado con fecha de 14 abril 2021 por la Junta Arbitral de Transporte de Almería. Pocos son los datos que trasciende de este arbitraje. Solo sabemos que la empresa demandante, radicada en el Reino Unido, planteó la nulidad del laudo pronunciado en base a dos causas: la falta de sumisión a dicho arbitraje y la indefensión sufrida. En particular, según esta, la indefensión alegada había tenido lugar, por una parte, por haberse empleado en las notificaciones la lengua castellana, cuando la empresa era inglesa, y, por otra, por la inadmisión a trámite sin entrar en el fondo de su pretensión —relativa a una indemnización—, subrayando, además, que debió de haber sido suficientemente informada sobre la posibilidad/necesidad de formular en tiempo y forma reconvencción, a fin de que su pretensión pudiera ser atendida. De hecho, esta última causa fue en la que se basó el TSJA para declarar nulo dicho laudo.

Sin embargo, lo más destacado, a nuestro juicio, de esta decisión es saber si la notificación

practicada en español sin la oportuna traducción puede constituir o no motivo de nulidad del laudo arbitral dictado. La importancia que despliega la notificación en el procedimiento arbitral justifica que nos centremos en esta cuestión, dado que las partes deben comprender en su integridad las pretensiones de su adversario y tener oportunidad de defenderse. La necesidad de que la notificación se haga en tiempo y forma y llegue al conocimiento del demandado —sobre todo, la del inicio del proceso arbitral—, no es una exigencia desconocida en el ámbito del arbitraje. El incumplimiento de tales garantías permite la anulación del laudo.

2. No obstante, antes de ocuparnos de esta cuestión, es preciso evidenciar lo acertado que estuvo el TSJA al rechazar de plano el primer motivo de nulidad alegado por el demandante. En concreto, evidenció la ignorancia de la presunción *iuris tantum* de sumisión a arbitraje que establece el art. 38.1º, párrafo tercero, de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (BOE 31.7.1987) para las reclamaciones derivadas de un contrato de transporte. De hecho, para este Tribunal, no hay duda alguna de que dicho precepto es igualmente aplicable al transporte internacional, como así ocurría en el presente caso, según los argumentos expuestos al respecto por la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 21/2015, de 10 marzo (ECLI:ES:TSJM:2015:7697). Cuestión distinta es la de saber si dicho convenio arbitral presunto resulta compatible o no con el art. 15 de la Ley 7/2017 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE 4.11.2017), que transpone el art. 10 de la Directiva 2013/11/UE (DO L 165 de 18.6. 2013).

3. Respecto a si la notificación sin traducción ocasionó indefensión o no, lo que hubiera motivado la nulidad del mismo, la TSJA no tiene duda alguna. No la hubo y, por tanto, no procedía declarar su nulidad por esta causa. Compartimos la decisión adoptada por el TSJA, pero no las atropelladas y desacertadas argumentaciones que esgrime para fundamentar su postura. Según este Tribunal, no hay problemas en que la lengua del procedimiento arbitral sea la del foro a tenor de lo establecido en el art. 27 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26/12/2003), según lo establecido en el art. 6.1º del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 8.10.1990).

Se equivoca el TSJA al invocar el precepto que en la Ley de arbitraje (LA) se refiere al idioma del proceso y de las notificaciones, dado que no es el art. 27, como argumenta esta, sino el 28. Este precepto establece que el idioma del proceso será el pactado por las partes y, en su defecto, y cuando de las circunstancias del caso no permitan delimitar la cuestión, el arbitraje se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde se desarrollen las actuaciones. Establece además que, salvo que en el acuerdo de las partes se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros.

Es decir, salvo que las partes acuerden otra cosa, el idioma de la notificación en los procesos desarrollados en las Juntas arbitrales de Transportes puede ser perfectamente el español. La notificación así practicada sería, por tanto, regular. Hay que recordar que una notificación es regular

cuando se ajusta a lo preceptuado en la ley rectora del procedimiento arbitral. Dicha ley determinará la vía de transmisión de la notificación (correo electrónico, correo, etc.), el idioma en que deberá ser remitida la notificación y la forma en la que deberá practicarse. No obstante, también es cierto que cualquiera que sea la ley que rijan el procedimiento arbitral, esta debe respetar los principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción de las partes. El arbitraje nunca puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE.

---

La sentencia no solo yerra en su argumentación, sino que además no delimita de forma correcta la norma aplicable a la transmisión de la notificación, operación necesaria ante la concurrencia normativa existente en Derecho internacional privado español en este ámbito

---

Por lo tanto, la cuestión está en saber si, a pesar de ser la notificación regular, según el régimen legal aplicable, la notificación sin traducción causó indefensión. Teniendo en cuenta lo que está en juego, parece razonable que se verifique que el destinatario conoce o no el idioma utilizado en la práctica de la notificación. Para el TSJA, es evidente que dicha indefensión hubiera podido producirse si no se le hubiera dado la oportunidad al solicitante de la nulidad del laudo de expresarse en su propia lengua, o cuando este hubiera invocado falta de comprensión de los documentos, hubiera solicitado la oportuna traducción, y esta no se le hubiera facilitado. Según este Tribunal, ello no sucedió, dado que queda constatado que la parte que impugna el laudo mantuvo comunicación fluida con la Secretaría de la Junta, recibió las aclaraciones que solicitó, siendo inexacto, como se desprende de sus propios escritos, que no hubiese quedado informada del significado de las comunicaciones que recibió. Es decir, para decidir si hubo o no dicha indefensión, el TSJA tuvo en cuenta las circunstancias posteriores habidas tras la realización de la notificación y, en particular, el comportamiento de la solicitante de la nulidad del laudo tras recibir la notificación en castellano. Aunque también hubiera podido tener en cuenta las circunstancias anteriores, como cartas, documentos precontractuales, las cláusulas contendidas en los contratos suscritos por las partes, etc. En particular, el pacto para realizar los actos de comunicación en una determinada lengua podría ser una presunción fuerte de conocimiento de la lengua, y no un mero indicio, como así estimó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia dictada el 8 de mayo de 2008 (As.C-14/07). Ahora bien, somos conscientes de que se tratan de elementos que, salvo que consten en los mismos documentos que sirven para fundar la pretensión deducida, difícilmente pueden ser controlables.

4. No obstante, el razonamiento del TSJA no queda aquí. Continúa afirmando que tampoco es causa de nulidad el que las notificaciones no se hubieran efectuado conforme al Convenio de La Haya — entendemos que se refiere al relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (BOE 25.8.1987)— o conforme al Convenio relativo a la mutua asistencia suscrito entre España y Gran Bretaña, firmado en Londres el 27 de junio de 1929 (Gaceta de Madrid 10.4.1930), pues, según este Tribunal, ha quedado acreditado que la notificación fue eficaz y llegó a conocimiento de la

demandado. El TSJA era consciente de que la notificación había sido internacional, dado que la empresa estaba domiciliada en el Reino Unido, y quiso asegurarse de que la falta de aplicación de la normativa vigente en materia de cooperación internacional, que regula la transmisión de la notificación a otro Estado, no era causa de nulidad.

El TSJA no solo yerra en su argumentación, sino que además no delimita de forma correcta la norma aplicable a la transmisión de la notificación, operación necesaria ante la concurrencia normativa existente en Derecho internacional privado español en este ámbito. Se equivoca, porque, a nuestro juicio, no cabe aplicar ninguna de las normas que el Tribunal cita, puesto que estas están reservadas a la práctica de notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales, y los documentos arbitrales ni son judiciales ni pueden ser considerados como documentos extrajudiciales, según tales normas. Además, la práctica arbitral revela en materia de notificaciones una dinámica flexible, de forma que la aplicación de los mecanismos de cooperación judicial internacional no solo no es necesaria, sino que pueden llegar a entorpecer el rápido y eficaz desarrollo del proceso arbitral. La práctica de la notificación internacional sigue en el ámbito arbitral vías más directas y expeditivas. Saber cómo se practica depende de cuál sea la norma que disciplina el desarrollo del proceso arbitral, teniendo en cuenta que sea cual sea, se deberán respetar los principios de igualdad, audiencia y contradicción de las partes, como así se evidenció en la STSJ Cataluña CP 1ª 20 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:11611).

Además, los árbitros a efectos de tales normas son personas privadas y, por tanto, no son autoridades competentes para transmitir notificaciones al extranjero, según lo estipulado en tales normas. Cabría pensar, no obstante, en la posibilidad de que el árbitro recurriese al tribunal o autoridad competente del lugar en que se desarrolla el arbitraje para que esta, a su vez, pusiese en marcha los mecanismos de cooperación internacional. No obstante, dicha posibilidad resulta desaconsejable e innecesaria. De un lado, porque supondría dilatar en exceso el proceso arbitral. Y de otro, porque dicha normativa está pensada por y para la cooperación internacional estrictamente judicial, de forma que su extensión al ámbito de la justicia privada podría tener efectos perjudiciales.

5. Con todo, de ser aplicable dicha normativa, el Tribunal debió de haber delimitado correctamente cuál era la norma aplicable a la transmisión de la notificación, es decir, si era el Convenio de La Haya o el Convenio bilateral. Es sabido que la determinación de las relaciones entre los distintos Convenios para por el análisis de las cláusulas de concurrencia. En los supuestos en los que estas carecen de capacidad suficiente para solucionar tales problemas, como así sucede con el art. 24 del Convenio de la Haya, la solución vendrá dada por la regla de máxima eficacia y, como hemos demostrado en otra sede, el Convenio de La Haya es mejor convenio que el Convenio bilateral.



## Posibilidades que el arbitraje tiene en el ámbito del seguro privado, especialmente en el marco de los contratos de seguros

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de noviembre de 2021

Possibilities of arbitration in the field of private insurance, especially in the context of insurance contracts

De hecho, cada vez es más frecuente el uso del instituto arbitral en el marco de las pólizas de seguros, tanto individuales como colectivas. Avalan esa tendencia la amplia formulación contenida en el art. 2 LCS, en relación con el art.1255 Cc; y de otra parte, la Ley de Arbitraje (LA) no establece ninguna indisponibilidad objetiva o subjetiva en materia de contratos de seguros (art. 2 LA).



José Fernando Merino Merchán

*Letrado del Consejo de Estado y Cortes Generales. Arbitro y Mediador*

### I. LA TORMENTOSA RELACIÓN ENTRE EL SEGURO PRIVADO Y EL ARBITRAJE. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 76.E) DE LA LEY DE CONTRATOS DE SEGUROS

La doctrina ha venido insistiendo, y con razón, que el arbitraje tiene un amplio campo de utilización en el ámbito del seguro privado y de forma particular en el marco de los contratos de seguros. La Ley de arbitraje de 2003 y su Reforma de 2011, abren posibilidades insospechadas de aplicación en la relación aseguradora. No es óbice, para ello, que el art. 24 de la Ley de Contratos de Seguros de 8 de octubre de 1980 (LCS), disponga que *será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario*. Y no es obstáculo porque no estamos ante un supuesto de atribución imperativa de jurisdicción excluyente del arbitraje, sino que se trata simplemente de la determinación objetiva de la competencia territorial del juez para los supuestos de controversias derivadas del contrato de seguros en los que se apele a la jurisdicción estatal. O dicho de otra manera, lo que se prohíbe en ese precepto es el pacto de sumisión a un fuero jurisdiccional distinto del domicilio del asegurado, pero no al uso o utilización del arbitraje como alternativa al juez del Estado. De hecho, cada vez es más

frecuente el uso del instituto arbitral en el marco de las pólizas de seguros, tanto individuales como colectivas. Avalan esa tendencia la amplia formulación contenida en el art. 2 LCS, en relación con el art.1255 Cc; y de otra parte, la Ley de Arbitraje (LA) no establece ninguna indisponibilidad objetiva o subjetiva en materia de contratos de seguros (art. 2 LA).

De hecho, el legislador vio la gran oportunidad que tenía el arbitraje en materia de seguros privados, recogiendo en el art. 61 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación del Seguro Privado, el arbitraje como instrumento alternativo a la jurisdicción del Estado, como sistema de solución de conflictos entre aseguradores y asegurados, entre aseguradores entre si y estos con las reaseguradoras. Este art. 61 de la citada Ley 30/1995, trae causa directa del art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que a su vez es trasunto obligado del art. 51 CE. Es bajo estas coordinadas legislativas donde se inserta el art. 76 e) LCS, que establece abiertamente que *el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.* Es este un precepto que procede primariamente de la transposición de la Directiva Comunitaria 87/344 CEE (art. 6), y posteriormente de la Directiva 2009/138 CEE.

El legislador español en cumplimiento de esas Directivas, convirtió esa facultad de acudir al arbitraje en la apariencia de un auténtico derecho subjetivo, asociado unilateralmente al asegurado con ciertos efectos vinculantes hacia el asegurador. No tardo mucho tiempo en demostrarse que la alternativa al arbitraje constituía una mera facultad atribuida a favor del asegurado y no un auténtico derecho subjetivo con poder de obligar a terceros, en este caso a las aseguradoras. Así quedo resuelto en los autos judiciales a los que nos referimos a continuación.

En efecto, la SAP Barcelona Sección Decimosexta, de fecha 3 de febrero de 2012, recaída en los Autos de procedencia 148/2009, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia n.º.26 de Barcelona, revocó la Sentencia de instancia que negaba el carácter absolutamente vinculante del art. 76 e) hacia el asegurador; es decir, que ese Juzgado no consideró que la mera invocación del convenio arbitral por el asegurado vinculase a la compañía aseguradora. La cuestión fue tratada en el recurso de apelación presentada por esa última, dictándose la SAP de 3 de febrero de 2012 que en apelación reconoció al asegurado el derecho a solventar y someter a arbitraje la controversia suscitada.

Sin embargo, sometida la *litis* a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este órgano jurisdiccional ante las dudas que planteaba tal controversia, presento ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 76 e) LCS. La cuestión de inconstitucionalidad consistía en preguntarle al TC si era nulo o no el art. 76 e) LCS, atendiendo a si es suficiente por la sola voluntad de una de las partes (en este caso por el asegurado) someter a arbitraje las controversias entre aseguradoras y asegurados.

El TC en su Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018 (Cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015, planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre), dictamino en línea con lo que ya había establecido en su Sentencia 217/1991, que el arbitraje procede de un convenio arbitral libremente asumido por las dos partes, y que el arbitraje obligatorio es incompatible con el art. 24.1º CE, por esta razón ese

precepto 76 e) LCS, se declaró nulo y por ello inconstitucional en la medida en que esa norma suponga violentar la libertad a optar entre la jurisdicción del Estado y el arbitraje, ya que este último no puede imponerse unilateralmente, ni aun considerando al asegurado como un usuario conforme al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

En definitiva, se vuelve al punto de partida y que no obstante los buenos propósitos del legislador, el arbitraje exige para su correcta utilización un acuerdo bilateral en el que deberá expresarse la libre voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que surjan o puedan surgir, tal como recoge el art. 9.1º LA. En consecuencia, ese art. 76 e) no tiene hoy ninguna validez salvo si se le quiere dar un carácter pedagógico o de simple orientación para ilustrar que cabe el arbitraje como fórmula alternativa a la jurisdicción del Estado, pero nada más.

Con todo no acaba aquí la tensa relación entre arbitraje y seguro privado, como vamos a ver a continuación en un contrato de seguro colectivo donde se ejercitó la declinatoria arbitral por la aseguradora para apartarse de la vía judicial.

## **II. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2021. DELIMITACIÓN DEL ALCANCE QUE DEBA DARSE EN UN SEGURO COLECTIVO A LA DECLINATORIA POR HABERSE SOMETIDO A ARBITRAJE LA CONTROVERSIA**

Como es sabido el art.11.1º LA, preceptúa que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impidiendo a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Pues bien, en el caso examinado por el Auto de la AP de Málaga de 22 de noviembre de 2021, se determinan los límites en que en un seguro colectivo debe ejercitarse la declinatoria arbitral.

El Juzgado de Primera Instancia n.º.2 de Málaga, en su Sentencia de 28 de julio de 2020, en una controversia en el marco de un seguro colectivo, en el que el tomador del seguro no fue informado ni firmo ningún convenio arbitral, aunque si lo hizo en uno de los documentos de adhesión el asegurado, decidió dar validez y eficacia a la declinatoria esgrimida por la aseguradora, apreciando la falta de jurisdicción ex-art.11 LA, por haberse sometido a arbitraje la controversia entre el asegurado y la aseguradora.

El asegurado interpuso recurso de apelación contra la citada resolución con fundamento en que no procedía la declinatoria por falta de información por parte de la aseguradora y además por no figurar el sometimiento a arbitraje en todos los documentos de adhesión del seguro que le fueron remitidos al asegurado para que aceptase su póliza individual; y por tanto en base a esa argumentación, deberían sustanciarse los autos mediante el procedimiento judicial ordinario, ya que el tomador del seguro colectivo no había firmado convenio arbitral en ninguno de los documentos que perfeccionaban la relación aseguradora, ni el propio asegurado había sido informado con la transparencia debida por la compañía de seguros sobre la renuncia de la acción jurisdiccional a la que tenía derecho según el art. 24 CE, al tener la cláusula arbitral carácter de cláusula limitativa.

---

## El art.76 e) LCS, más allá de su valor pedagógico nunca puede convertirse en inicuo para el asegurador

---

La AP de Málaga a la vista del recurso de apelación interpuesto, empieza matizando en que consiste y como se instrumentaliza el seguro colectivo a que se refiere el art.81 LCS. Se recoge que en los seguros colectivos no hay coincidencia entre el tomador del seguro y asegurado porque la póliza se contrata con la aseguradora únicamente por el tomador para facilitar la incorporación de quienes forman parte del grupo, unidos por alguna circunstancia ajena a la mera voluntad de asegurarse, los cuales manifiestan ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de tres documentos distintos: a) las condiciones generales, b) las condiciones particulares, y c) las condiciones especiales; recibiendo cada asegurado una certificación individual expresiva de las condiciones de aseguramiento. Asumiendo toda la carga de la información y de la debida transparencia sobre el asegurador, con el fin de que tanto el tomador como el asegurado conozcan y acepten las exigencias formales y sustantivas de la relación aseguradora. Este extremo es particularmente importante en las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado según se deriva del art. 3 LCS y de la jurisprudencia que se desprende del Tribunal Supremo, así la Sala 1ª del Alto Tribunal, de 14 de junio de 1994 y 24 de junio de 1994, establece que también el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar las cláusulas limitativas que luego van afectar al asegurado individualmente.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el tomador del seguro colectivo ni fue informado ni menos aun suscribió convenio arbitral con la aseguradora, y sin embargo, el asegurado en el documento relativo a las condiciones especiales, y solamente en ellas y no en las condiciones generales ni en las particulares, se recogía que *toda desavenencia que surja o pueda surgir como consecuencia de la interpretación y ejecución del presente contrato será resuelta mediante arbitraje de equidad por el tribunal arbitral integrado por tres vocales*. En consecuencia, el Auto de la AP Málaga que se comenta, entiende que conforme la STS 409/2017 de 27 de junio y las SSTC 176/1996 y 9/2005, la autonomía de la voluntad no puede verse disminuida o sustituida a favor de una de las partes, porque esa autonomía constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral en cuanto que conlleva la exclusión de la vía judicial. Asimismo, el Auto de la AP de Málaga de 22 de noviembre de 2021, formula un doble reproche cuando declara que no le parece correcta la actuación de dicha entidad demandada que tras recibir el burofax del demandante-asegurado nada le contesta al respecto, haciéndole ver que debe acudir necesariamente a la vía arbitral y no a la judicial. Con esa conducta la aseguradora entorpece y violenta la tutela judicial efectiva del asegurado y que, por otro lado, en la póliza de 9 de enero de 2019 en el apartado de condiciones especiales, tan solo figura la firma del asegurador y no la del tomador, que además como se ha dicho más atrás, tampoco figura la cláusula arbitral ni en las condiciones generales ni en las particulares. Por todo ello el Auto de referencia acoge la tesis defendida por el recurrente-asegurado, En el sentido de dejar sin efecto lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia y disponiendo a continuación el procedimiento judicial en la forma prevenida pro la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

1ª.- El art.76 e) LCS, no es vinculante para el asegurador. Este precepto solo tiene un valor didáctico, pero no encierra un derecho subjetivo a favor del asegurado. Es, por tanto, más allá de su valor pedagógico, un precepto inocuo o neutro, pero nunca puede convertirse en inicuo para el asegurador.

2ª.- Lo anterior no empecé para seguir pensando en las amplias posibilidades que tiene el arbitraje en el mundo del seguro privado. Pero, atendiendo a la especialidad mercantil que tiene el ámbito del seguro privado, es necesario desplegar una labor de información y formación que llegue tanto a las compañías aseguradoras como a los asegurados. Insistiéndose en las garantías y ventajas que ofrece la institución arbitral, especialmente patrocinándose el arbitraje administrado, pero buscando también la alta especialización de los árbitros en un campo tan complejo como es el del seguro privado.

3ª.- En cuanto a los seguros colectivos, cada vez más extendidos, las aseguradoras deberán cuidar al extremo que el tomador que acepta el seguro de terceros-asegurados que luego se incorporan a la cobertura, tengan toda la información, y que, si se utiliza la vía arbitral ésta no puede ocultarse o enmascararse si no que debe ser aceptada libremente por el tenedor; apareciendo posteriormente en todos los documentos que deban suscribir los asegurados. De otro modo no podría prosperar la declinatoria arbitral que se ejercitase por el asegurador para eludir la vía jurisdiccional

## De nuevo sobre la independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de enero de 2022

Again on the independence and impartiality of arbitration institutions

Muy recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de pronunciarse una vez más sobre tema tan sugerente, lo que me permite plantear alguna nueva reflexión a la vista de las clarificadoras consideraciones que aporta la referida resolución judicial de la que ha sido ponente la Magistrada D.<sup>a</sup> María Eugènia Alegret.



**David Jurado Beltrán**

*Abogado. Árbitro*

Recientemente tuve el honor de contribuir a la elaboración de la obra «Arbitraje internacional en una economía globalizada», compendio de reflexiones que diversos estudiosos sobre la institución del arbitraje publicamos en homenaje póstumo a D. Ramon Mullerat. En concreto mi aportación versó sobre «la independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales y su reflejo jurisprudencial».

En el referido estudio planteaba el ámbito de esa exigible independencia e imparcialidad, y el debate doctrinal que suscita una respuesta jurisprudencial no siempre dirigida en una misma dirección.

Pues bien, muy recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de pronunciarse una vez más sobre tema tan sugerente, lo que me permite plantear alguna nueva reflexión a la vista de las clarificadoras consideraciones que aporta la referida resolución judicial de la que ha sido ponente la Magistrada D.<sup>a</sup> María Eugènia Alegret.

Cuando nos introducimos en el objeto de este artículo debemos de partir siempre de la base de que

en todo proceso arbitral los responsables de designar al árbitro deben garantizar su independencia, imparcialidad e incluso su idoneidad. Y debemos de estar también de acuerdo en que esos mismos requisitos resultan exigibles a toda institución arbitral.

La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje impone como deber de todo árbitro el de guardar la independencia e imparcialidad respecto de las partes. Si en los casos que procede la designación de los referidos árbitros por parte de un tribunal judicial, este es el encargado de tomar las medidas necesarias para garantizar las referidas independencia e imparcialidad, sin duda cuando el nombramiento derive de una institución arbitral dichas medidas deberán ser las mismas o superiores, y deberán ir siempre enfocadas a que el árbitro, al ser designado, carezca de cualquier vinculación con las partes (imparcialidad subjetiva) o con el objeto controvertido (imparcialidad objetiva).

Por su parte, el art. 14.3º LA exige que «las instituciones arbitrales velen por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia». Es evidente que nos encontramos ante un mandato imperativo que las instituciones arbitrales deben respetar y para ello deben de dotarse de reglamentos que garanticen lo anterior pues de lo contrario resultará imposible que respeten la exigencia legal.

Al pronunciarse sobre el contenido y alcance de la independencia e imparcialidad de las Cortes arbitrales, la jurisprudencia resulta inequívoca en el sentido de que debe exigirse la misma a todos los que intervienen en las funciones arbitrales de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con cualquier relación, directa o indirecta, con ninguna de las partes en conflicto. Para la jurisprudencia desaparece la base de la imparcialidad si las cualidades que se predicen en los árbitros no son las mismas que las exigibles para la entidad arbitral y, si es así, se vicia de partida cualquier procedimiento arbitral.

En la reciente Sentencia del TSJC, que sirve de justificación para estas reflexiones, se entra a examinar la posible parcialidad e independencia de una corte arbitral, en concreto el Tribunal Arbitral de Barcelona, habida cuenta de que una de las partes sometidas al arbitraje entiende que la Cámara de Comercio de Barcelona, que forma parte del TAB, recibe fondos Europeos de la Cámara de Comercio de España, resultando que esta última contrató en el año 2016 a uno de los litigantes en el arbitraje al objeto de que auditara el correcto destino de los fondos europeos FEDER y FSEE, recibidos para su gestión por la referida Cámara de Comercio de España.

Según el parecer del instante del referido arbitraje, finalmente actor ante el TSJC para postular la nulidad del Laudo dictado, el TAB tenía interés en favorecer a una de las partes por cuanto ese otro litigante habría sido adjudicatario de un contrato, vigente entonces, en virtud del cual resultaba ser, como ya se ha dicho, responsable de auditar y verificar ciertos fondos y de permitir que los mismos acabaran en manos de las distintas cámaras de comercio, entre las que se encuentra la de Barcelona, lo que suponía que parte de su financiación dependiera del visto bueno del instado en el proceso arbitral.

Por tanto, el fundamento de la demanda resultaba sugerente: como sea que uno de los litigantes en

un arbitraje, en el ámbito de sus actividades y en relación a los múltiples clientes con los que se relaciona, resulta ser el responsable coyuntural de auditar una parte de los fondos oficiales que percibe uno de los múltiples miembros que componen el Tribunal Arbitral, esta institución no goza de la exigible independencia e imparcialidad para el nombramiento de un árbitro en ese proceso arbitral.

El TSJC entra a conocer de esta causa concreta que justificaría la anulación del Laudo con un previo resumen de antecedentes, tras recordar el marco normativo fundamentado obviamente en la Ley de Arbitraje, y reflexionando que en cualquier caso la institución debe velar por el respeto al principio de igualdad de las partes en el arbitraje, siendo obvio que debe actuar con neutralidad respecto de ellas y con desinterés respecto del tema concreto que se ventile, recordando incluso que no resulta extraño que el código de buenas prácticas arbitrales, elaborado por el Club español del arbitraje en el año 2019, después de insistir en el importante rol que juegan las instituciones arbitrales en el fomento, desarrollo y legitimidad del arbitraje como prestadoras de servicios en su administración, coadyuvando en la labor y velando por el debido proceso y la justicia de los laudos, recomiende que en su reglamento se incluya un código deontológico, vinculante para los miembros de los diferentes órganos y para los empleados de la institución, en el que se regulen sus deberes de independencia e imparcialidad y los supuestos de incompatibilidad.

Pues bien, tras dicha proclamación de principios es el propio TSJ el que admite «que puede plantear dudas de que se respetan las condiciones cuando la institución arbitral encargada para la designación del árbitro y el control de la administración del arbitraje ha asesorado previamente a alguna de las partes o una de ellas tiene o puede tener un control efectivo sobre quiénes dirigen la institución arbitral, resultando necesario que conste acreditado que ésta respeta el principio de igualdad e imparcialidad que en principio se le presume», recordando que la actuación de los Tribunales ante cualquier solicitud de anulación de un Laudo debe realizarse «de manera cautelosa y no basándose en meras sospechas o conjeturas o aún en apreciaciones subjetivas de las partes, máxime cuando el apartamiento de la institución arbitral supone de facto imposibilitar el arbitraje institucional pactado».

Recordando que la ley no establece un catálogo de causas o motivos por los cuáles las instituciones arbitrales deben rechazar la administración de un arbitraje, el Tribunal continúa sus consideraciones afirmando que «deberá analizarse caso por caso, teniendo en cuenta lo que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de que la institución no se halle en disposición de actuar con la neutralidad e independencia que se le exige».

Las anteriores reflexiones del TSJC, relativas a la circunstancia de que esa falta de imparcialidad de la institución arbitral designada en la cláusula de sometimiento al arbitraje implica directamente la imposibilidad de tal arbitraje, o las carencias legislativas que sufrimos respecto a un conveniente marco normativo para asegurar el respeto de dichos principios por parte de las Cortes arbitrales, merecieron en mi anterior artículo ya referido algunos comentarios que creo que merecen aquí ser en parte reproducidos.



Analicemos primero las consecuencias de esa ausencia del conveniente marco normativo.

Ante el silencio de la Ley de Arbitraje, cuando sobre este ámbito deja total libertad a los reglamentos elaborados a instancia de las propias instituciones arbitrales, quizá sería conveniente una mínima regulación legal sobre las incompatibilidades que puedan surgir a la vista de las relaciones entre algunas de las partes con la institución, al objeto de impedir que tal relación pueda favorecer a alguna de ellas por vínculos directos que pueden derivar, por ejemplo, del pago de una cuota en la institución o mantener relaciones financieras profesionales o sociales; pero salvaguardando aquellas relaciones indirectas, lógicas y previsibles, entre importantes instituciones arbitrales y potenciales litigantes, ámbito sin duda «gris» y sometido a una variada casuística.

Entremos ahora, a raíz del comentario que al respecto realiza la Sentencia que analizamos, en qué debe hacerse en los supuestos en los que finalmente se constate esa falta de independencia y/o imparcialidad por parte de la institución arbitral; más en concreto responder a esta pregunta: ¿en tales casos, deja automáticamente de tener efecto la cláusula arbitral?

Desde luego la respuesta no es fácil, y seguramente deberá acomodarse a cada situación concreta. No es lo mismo que la institución esté «dominada» por el elemento que motiva la falta de imparcialidad o independencia, o que nos encontramos ante un obstáculo que pueda obviarse para garantizar dichos principios. En este segundo caso, siempre será posible que tal elemento quede al margen del proceso arbitral concreto para superar el obstáculo (por ejemplo, si una Cámara de comercio, componente de una institución arbitral, puede hacer dudar de la imparcialidad de ésta, dicha cámara se abstendrá de participar en el proceso concreto de arbitraje).

---

Las causas que en este caso se aducían para postular la nulidad del Laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona se fundaban en presuposiciones basadas en relaciones indirectas y coyunturales, siendo fruto de una forzada interpretación del concepto «imparcialidad»

---

Cuando alternativas como la anterior no puedan aplicarse resultará muy dudoso que la cláusula arbitral siga en vigor, más si cabe si ésta resultaba inequívoca en el sentido de someterse a una institución arbitral concreta. Desde luego difícil resultará profundizar en la voluntad de las partes en el sentido de que si la sumisión originaria resulta sobrevenidamente inhábil podamos interpretar que subsidiariamente siguen prefiriendo la alternativa arbitral frente a la jurisdicción ordinaria.

Muy difícil será defender dicha voluntad si no existe alguna razón periférica que lo acredite, y mucho menos si en el momento en que se decreta la falta de imparcialidad o independencia una de las partes manifiesta su inequívoca voluntad de apartarse de la alternativa arbitral dado que la institución a la que se había sometido resulta finalmente inhábil para ello.

Por lo demás, la Sentencia que justifica estas reflexiones llega finalmente a la conclusión de que el Tribunal Arbitral de Barcelona no incurrió en falta de imparcialidad o de independencia, en la designación del árbitro y en la administración del arbitraje, por cuanto el TAB no es una institución, ni de la Cámara de comercio de España, ni de la Cámara de comercio de Barcelona, dependiendo de la Asociación catalana para el arbitraje, entidad privada con personalidad jurídica propia que cuenta con seis miembros, siendo la cámara de comercio de Barcelona tan solo uno de ellos.

La resolución judicial parte de la base de que desconoce la importancia de la participación de la Cámara de comercio de Barcelona en dicha Asociación, de la que el TAB es órgano permanente, ignorando por tanto en qué medida financia o pende de ella el TAB como institución integrante de dicha asociación, «carga de la prueba que correspondía a la actora».

Ahora bien, más allá de recordarnos a quién corresponde la carga de la prueba, el TSJ reflexiona sobre el hecho de que de los doce miembros de la junta directiva de la Asociación sólo uno de ellos pertenece a la Cámara de comercio de Barcelona y que éste se abstuvo voluntariamente de participar en cualquier acto de administración relativo a éste concreto arbitraje, circunstancias que permite al Tribunal afirmar que «parece claro, aun sin entrar en lo que representa económicamente para la Cámara de comercio de Barcelona la gestión de los fondos FEDER y FSEE que le transmite la Cámara de comercio de España —tampoco acreditado en tanto que sólo consta que los fondos comprometidos para el período 2014-2020 a la fecha de cierre de diciembre de 2017, ascendían a 5.838.276,83 €, desconociéndose el destino dado a los mismos, esto es, qué cantidad corresponde a la propia Cámara y qué cantidades son ayudas o subvenciones a empresas y empresarios— no existen motivos de peso para entender que el TAB, como órgano con personalidad jurídica independiente y regido por sus propios reglamentos, pudiera verse influido en el presente arbitraje, ni directa ni indirectamente, por la auditoria sobre el destino de los fondos FEDER y FSEE que gestiona la Cámara de comercio de España».

Y es que resulta evidente que las causas que en este caso se aducían para postular la nulidad del Laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona se fundaban en presuposiciones basadas en relaciones indirectas y coyunturales, siendo fruto de una forzada interpretación del concepto «imparcialidad», y que en el supuesto de resultar estimadas prácticamente imposibilitarían una mínima eficacia y funcionalidad por parte del TAB por cuanto el amplísimo abanico de sus miembros (lo que precisamente potencia su prestigio y eficacia) haría del todo imposible el nombramiento de árbitro alguno.

En efecto, si son miembros del Tribunal Arbitral de Barcelona el Ilustre Colegio Notarial de Catalunya, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, el Consejo de Ilustres Colegios de Abogados de Catalunya, el Decanato autonómico de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de Catalunya, la Cámara de Comercio, y la Asociación Intercolegial de Colegios Profesionales de Catalunya, resulta indiscutible que resultará muy difícil no encontrar siempre ligámenes análogos a los que denunciaba la actora como causa de nulidad del Laudo arbitral.

Y es que admitir la posibilidad de que prosperen impugnaciones de esta naturaleza haría del todo imposible un mínimo funcionamiento racional del TAB o de cualquier otra Corte arbitral e invalidaría

por completo la propia esencia de la institución (¡institución de la que forman parte, como se ha dicho, la Intercolegial de todos los colegios profesionales de Catalunya con todo lo que ello significa a efectos de interdependencia entre potenciales litigantes arbitrales y profesionales relacionados indirectamente con la institución arbitral!).

---

### No parece serio en este caso cuestionar la imparcialidad del TAB en la elección del árbitro y administración del arbitraje objeto de la demanda

---

No olvidemos que los deberes de vigilancia sobre la independencia de los árbitros deben predicarse de la propia institución, no de las organizaciones matrices que la puedan formar, pues de lo contrario llegaríamos al absurdo de cuestionar la independencia de la Corte, y sus árbitros, incluso por la simple circunstancia de que un abogado fuese el designado árbitro, siendo el colegio profesional de abogados miembro de la propia institución arbitral.

La realidad es que si se fuerzan los hechos y las normas de tal manera, convirtiendo en sospecha cualquier relación profesional coyuntural o económica preexistente, se hace prácticamente imposible que ningún arbitraje de cierto «calado», en el ámbito económico/empresarial, no pueda posibilitar una «caza de brujas» fundada en una presunción inadmisibles: la mala fe de las personas y/o de las instituciones.

Presupuesto todo lo anterior no es de extraño que la Sentencia del TSJC acabe con una afirmación final tan contundente: «no parece serio en este caso cuestionar la imparcialidad del TAB en la elección del árbitro y administración del arbitraje objeto de la demanda».

Como reflexión final, a la vista de la Sentencia comentada, concluiremos confirmando la exigencia de ser muy rigurosos en el momento de establecer cualquier tipo de relación que permita deducir que exista tal intensidad en la misma que ponga en duda la independencia e imparcialidad, e incluso la profesionalidad, de la institución arbitral a la que se encomiende cualquier arbitraje. Si queremos potenciar y prestigiar el arbitraje debemos de ser muy rigurosos con esta cuestión. Seámoslo.

## Subsistencia del compromiso arbitral tras la extinción del contrato del que forma parte

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 2022

Subsistence of the arbitration agreement after the termination of the contract in which it is included

La nulidad o extinción de un contrato podría llevarnos a pensar que, teóricamente, eso supondría la falta de eficacia de todo su clausulado por entero. Sin embargo, la singularidad del convenio arbitral radica en su separabilidad, es decir, su autonomía, que le permite mantenerse incólume a pesar de la potencial ineficacia del contrato en el que se inserta o incluso si éste hubiese finalizado su vigencia por mutuo disenso de las partes.



**Manuel de Lorenzo**

*Abogado. Director del Departamento de Derecho Privado. Bufete Navarro & Asociados*

### I. SÍNTESIS DEL CASO OBJETO DE ENJUICIAMIENTO Y DE LA DECISIÓN ADOPTADA.

El laudo cuya anulación se pretendía tenía su origen en el compromiso arbitral incluido en un contrato de arrendamiento de vivienda, que había sido ya resuelto de mutuo acuerdo por las partes, planteándose posteriormente una reclamación por el arrendador frente al arrendatario como consecuencia de ciertos desperfectos ocasionados por este último en el inmueble, razón por la cual el inquilino resultó condenado en la resolución arbitral cuestionada.

Planteada la impugnación del laudo ante el TSJ, la pretensión se basaba esencialmente en el supuesto decaimiento de la vigencia del compromiso arbitral como consecuencia de la terminación consensuada del contrato en el que se insertaba ese sometimiento a arbitraje, alegando la inexistencia del convenio arbitral, así como extralimitación del árbitro al resolver cuestiones no sometidas a su decisión. La sentencia de la Sala (1), con acertado criterio, rechaza la anulación solicitada, entendiendo que la obligación del arrendatario de reparar los daños causados no se extingue con la devolución de la posesión a la propiedad, de manera que, consecuentemente, el

convenio arbitral no finaliza tampoco su vigencia con la del contrato en el que se inserta.

## II. SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

### 1. Concepto y fundamento de la regla en cuestión

La citada doctrina, como se infiere de su propio nombre, significa que la cláusula arbitral, a pesar de su inclusión en el contrato y, por tanto, de su pertenencia orgánica al mismo, presenta una cierta independencia respecto a ese negocio jurídico que la alberga. Existe desde luego una íntima relación entre el cuerpo principal del contrato y el convenio arbitral, en la medida en que éste, por decisión común de las partes, determina el cauce procedimental a seguir para la solución de las controversias que puedan surgir a raíz de aquél; sin embargo, la eventual invalidez del contrato en su conjunto no implica necesariamente la del propio compromiso arbitral, ni tampoco puede decirse, como se analiza en esta reseña jurisprudencial, que la terminación de la vigencia del acuerdo matriz suponga, como consecuencia inmediata e inexorable, la pérdida de eficacia del sometimiento a arbitraje previamente pactado.

Dicha solución, *a priori*, parecería chocar con la lógica, en la medida en que ésta impondría que aquello que carece de efecto alguno no puede servir de sustento o engendrar algo que sí lo tenga, conforme a la máxima *ex nihilo nihil fit* (2). Sin embargo, ello no se cumple en el ámbito arbitral, al menos no necesariamente, puesto que el sometimiento a arbitraje goza de una individualidad propia que le inmuniza, en principio, frente a las alegaciones relativas a una posible ineficacia del contrato que le da origen, quebrando su aparente accesoriedad respecto al mismo. Permitiendo esta idea de la separabilidad que los árbitros estén facultados para «*declarar la invalidez del contrato principal sin el riesgo de que su decisión invalide también la fuente de su poder*» (3).

Los motivos que se han apuntado para la existencia de este principio son diversos, habiendo sido agrupados en cuatro posibles razones (4), no esencialmente disyuntivas: (i) su correspondencia con la intención de las partes, cuyo sometimiento a arbitraje tiene precisamente como finalidad canalizar por esa vía, de manera general, las controversias que puedan surgir en relación con el contrato en el que se incluye dicho compromiso (5); (ii) el refuerzo que supone para la integridad y eficacia del proceso arbitral, la cual podría verse comprometida por el mero hecho de que una de las partes alegase la invalidez o inexistencia del convenio arbitral (6); (iii) la existencia de una presunción de existencia de dos acuerdos, el principal que viene representado por el contrato y el sometimiento arbitral, con independencia propia de este último respecto del anterior; (iv) y, finalmente, que si esa regla no se aplicase, los órganos jurisdiccionales tendrían que entrar a dictaminar sobre el fondo de la disputa, cuando eso es algo que precisamente les está vedado.

Por otro lado, no se trata de un principio exclusivo del ámbito arbitral, sino propio del régimen contractual en general, aplicable a diversas cuestiones como puedan ser las cláusulas la elección de fuero y las de elección de Derecho aplicable, de confidencialidad u otras distintas (7).

### 2. Génesis, extensión y positivización de dicha doctrina

Este principio general recibió en su día un espaldarazo decisivo de la jurisprudencia francesa,

norteamericana y británica, trascendiendo su mera formulación doctrinal y extendiendo paulatinamente su aplicación, hasta convertirse en un criterio básico en la práctica arbitral, encontrando también progresivo acomodo en todas las legislaciones arbitrales de corte avanzado (8) . En ese sentido, se halla recogido en la Ley Modelo UNCITRAL (9) y, por lo que se refiere a nuestro sistema patrio, ha sido consagrado de manera mimética en la legislación española, al disponer el art. 22.1º Ley 60/2003 que «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo»; añadiendo que «(L)a decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral». Y, en la misma línea, dicha previsión ha sido acogida, *mutatis mutandis*, por diversos sistemas nacionales (10) , así como en los Reglamentos de las más importantes Cortes de Arbitraje en el plano internacional (11) .

Asimismo, pueden citarse algunos laudos referenciales que han contribuido a consolidar esta regla, que se erige en una de las expresiones más relevantes de la *lex mercatoria* (12) . Por ejemplo, en el ámbito del arbitraje de inversiones cabe aludir a los asuntos *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic* (13) y *Elf Aquitaine Iran (France) v. National Iranian Oil Company* (14) Mientras que, en el ámbito del arbitraje CCI, cabe destacar el laudo provisional dictado en el *ICC Case No. 4145* (15) .

### 3. Principio *Kompetenz-Kompetenz*

La separabilidad del convenio arbitral se encuentra estrechamente unida a esta máxima, la cual, como es sabido, significa básicamente que los árbitros gozan de la potestad exclusiva para decidir sobre su propia competencia, incluyendo cualquier cuestión relativa a la existencia o validez del convenio arbitral. Teniendo acogimiento en el art. 16 de la Ley Modelo UNCITRAL y habiendo sido recibida por el legislador español en el art. 22.1º Ley 60/2003, así como por la práctica totalidad de normativas nacionales en la materia.

La conexión entre esta regla y la doctrina de la separabilidad estriba en que, si bien esta última permite al convenio sobrevivir a los posibles problemas relativos a la validez del contrato con el que se relaciona, no determina sin embargo por sí misma quién es el encargado de dilucidar esa cuestión (16) , habiéndose destacado que el principio *Kompetenz-Kompetenz* constituiría el corolario de la regla de la separabilidad (17) . Interrelación que se pone de manifiesto incluso en su formulación habitualmente conjunta, dentro del mismo precepto legal, como por ejemplo sucede en el citado art. 22.1º de la ley española.

---

La separabilidad puede incluso venir dada por la diversidad del ordenamiento jurídico que resulte aplicable, por un lado al contrato principal y, por otro, al convenio arbitral en sí mismo considerado

---

### 4. Efectos de la separabilidad

La consecuencia inmediata de esta doctrina es la imposibilidad de privar prematuramente de eficacia, *a limine*, al convenio arbitral, de manera que éste continuará desplegando su doble efecto característico: el positivo, confiriendo la competencia potencial al árbitro o árbitros que corresponda, respecto a los conflictos que puedan surgir entre quienes se encuentren sujetos a ese acuerdo; y el negativo, es decir, la exclusión de la jurisdicción como mecanismo de solución de las controversias a las que ese compromiso se refiere, legitimando a la parte que fuese convocada a un procedimiento judicial a excepcionar la falta de competencia del órgano jurisdiccional interviniente. Sin que obviamente se trate de una solución eterna e inmodificable, sino que podrá ser revisada una vez dictado el laudo, bien de forma directa mediante la acción de anulación contra el mismo (por inexistencia o invalidez del convenio arbitral) o indirecta, en sede de reconocimiento y ejecución del laudo (al amparo del art. V.1º.a) del Convenio de Nueva York de 1958).

Desde otra perspectiva, esa separabilidad no se manifiesta únicamente en este concreto aspecto que estamos considerando, sino que puede incluso venir dada por la diversidad del ordenamiento jurídico que resulte aplicable, por un lado al contrato principal y, por otro, al convenio arbitral en sí mismo considerado (18). Cuando por ejemplo las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual, hubiesen decidido disociar ese régimen normativo, sujetando ambos a una regulación no coincidente (19). Debiendo asimismo tenerse en cuenta, en otro orden de cosas, que esa separabilidad no impide la pervivencia del sometimiento a arbitraje en el supuesto de un cambio subjetivo en la posición de una de las partes del contrato, como consecuencia de la cesión a un tercero de los derechos y obligaciones que de él emanan, por cuanto éste quedará subrogado no sólo en ese contrato principal, sino también en el compromiso arbitral que forma parte del mismo (20).

Sin embargo, el carácter absoluto de la separabilidad de la cláusula arbitral resulta discutido, en la medida en que cabe identificar diversos supuestos en los que la suficiencia de ese principio podría quedar un tanto matizada, singularmente en los casos de aquellos contratos que puedan quedar afectados por corrupción o tráfico de influencias, como pone de relieve la doctrina más autorizada (21).

### III. DECISIÓN DE LA SALA SOBRE EL ASUNTO SOMETIDO A SU CONOCIMIENTO

El supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento por la sentencia a la que se refiere este comentario, no se refería a un convenio arbitral potencialmente nulo, sino a un compromiso cuya validez inicial era indiscutida. Si bien se argumentaba por el instante de la anulación el decaimiento sobrevenido de su eficacia, como consecuencia de la terminación consensuada del contrato subyacente.

El TSJ despacha la primera causa de impugnación alegada, centrada en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, razonando que, no obstante la terminación de la vigencia del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión a la propiedad, ello no significa la desaparición de la obligación del arrendatario de abonar los desperfectos que pudiese haber ocasionado. Proyectando el convenio arbitral su eficacia a la resolución de cualquier controversia derivada del contrato, incluyendo la originada por esos daños, de manera que, sin citarla, el tribunal aplica la doctrina de la separabilidad para mantener la vigencia del sometimiento a arbitraje, de manera independiente a la

suerte corrida por el contrato en cuyo seno se contiene ese pacto.

Cabe entender que dicha solución, en todo caso, podría venir excepcionada en dos supuestos que hipotéticamente podrían producirse. El primero, si las partes realizasen, en el momento de plasmar por escrito la finalización del contrato por mutuo acuerdo, una declaración expresa dejando asimismo sin vigor el sometimiento a arbitraje; el segundo, si los actos de una parte que pudiesen dar lugar a una eventual reclamación formulada en su contra no hubiesen nacido como consecuencia de la relación contractual en sí misma considerada, sino por razón de otra causa (como sucedería, por ejemplo, si al extinguirse un contrato de arrendamiento, el antiguo arrendatario permaneciese en la vivienda pero no ya a título de tal, sino a título de precarista con tolerancia de la propiedad; causando desperfectos en el inmueble, pero posteriores a la intervención posesoria producida tras el cambio acaecido, siendo su responsabilidad exigible no ya por su fenecida condición de arrendatario, sino por la de mero poseedor, sin amparo en este caso en un convenio arbitral que permitiese acoger esa disputa).

Por otro lado, la anulación del laudo se sustentaba asimismo en una segunda causal, consistente en extralimitación del árbitro, al resolver cuestiones no sometidas a su decisión, la cual se desestima igualmente, recordando en todo caso la Sala el criterio general de flexibilidad sentado por la jurisprudencia en materia de congruencia del laudo arbitral.

## BIBLIOGRAFÍA

BORN, G.B., «The law governing international arbitration agreements: An international perspective», *Singapore Academy of L. J.*, vol. 26, 2014, pp. 815-848.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña», *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n.º 2, 2016, pp. 581-607.

LANDOLT, P., «The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz», *J. Int'l Arb.*, vol. 30, n.º 5, 2013, pp. 511-530.

LAVA CAVASSA, C., «La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional», *Themis. Revista De Derecho*, 61, 2012, pp. 345-361.

MATHEUS LÓPEZ, C.A., «La separabilidad del convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 33, n.º 3, 2021, pp. 355-368.

PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 222.

ROSEN, J.A., «Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 17, n.º 3, 1993, pp. 598-666.



RÜßMANN, H. y TIMÁR, K., «The Laws Applicable to the Arbitration Agreement», en *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65* (Geimer, R. y Schütze, R., eds), Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 837-860.

(1)

ECLI:ES:TSJM:2022:2027.

[Ver Texto](#)

(2) Locución que podría ser traducida como «de la nada, nada proviene», cuyo origen tradicionalmente se atribuye al filósofo griego Parménides, siendo posteriormente adoptada y enunciada formalmente por Lucrecio.

[Ver Texto](#)

(3) C.A. Matheus López, «La separabilidad del convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 33, n.º 3, 2021, pp. 355-368.

[Ver Texto](#)

(4)

Cf. J.A. Rosen, «Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Compétence de la Compétence», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 17, n.º 3, 1993, pp. 598-666.

[Ver Texto](#)

(5) En palabras de Lord Hoffmann, en el asunto *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others v. Fili Shipping Company Limited*, «as appears to be generally accepted, there is no rational basis upon which businessmen would be likely to wish to have questions of the validity or enforceability of the contract decided by one tribunal and questions about its performance decided by another».

[Ver Texto](#)

(6) M.L. Palazón Garrido, «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 222.

[Ver Texto](#)

(7)

*Ibid.*, p. 223.

[Ver Texto](#)

(8) Para un análisis más detenido de la evolución de este principio, *vid.* J.C. Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña», *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n.º 2,

2016, pp. 581-607.

[Ver Texto](#)

(9) Art. 16, ap. 1).

[Ver Texto](#)

(10) Como ejemplos relevantes, pueden citarse la Sección 7 de la *Arbitration Act* de 1996 de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte («*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement*»), el artículo 1.447 del *Code de Procédure Civile* francés («*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci*») o el artículo 178. 3 de la *Federal Act on Private International Law* suiza («*The validity of an arbitration agreement may not be contested on the grounds that the main contract is invalid or that the arbitration agreement concerns a dispute which has not yet arisen* »).

[Ver Texto](#)

(11) Por ejemplo, en el art. 6.9º Reglamento de Arbitraje de la CCI, el art. 23.2º Reglamento LCIA, el art. 28. 2º Reglamento SIAC o el art. 19.2º Reglamento HKIAC, por citar algunos de los más relevantes. Conteniéndose asimismo en el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), en cuyo art. 39.2º se indica lo siguiente: «A este efecto, un convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará por sí sola la invalidez del convenio arbitral».

[Ver Texto](#)(12) J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, p. 591.[Ver Texto](#)

(13) «*The BP Nationalisation Law was effective to terminate the BP Concession except in the sense that the BP Concession forms the basis of the jurisdiction of the Tribunal and of the right of the Claimant to claim damages from the Respondent before the Tribunal*»

[Ver Texto](#)

(14) «*The Sole Arbitrator has, by the weight of the authority cited and of the rationale of the principle of the autonomy of arbitration clauses, been led to the conclusion, that the arbitration clause binds the parties and is operative unimpaired by the allegation by NIOC that the Agreement as a whole is null and void ab initio. This conclusion does not in any way prejudice the outcome of a later decision as to whether the Agreement is null and void as alleged by NIOC. NIOC is completely free if they so wish to develop further in their pleadings at a later stage the justifications for the allegation of nullity and the consequences of the nullity of the Agreement, if established, for the claims raised by ELF*».

[Ver Texto](#)

(15) «*The question of validity or nullity of the main contract. for reasons of public policy. illegality or otherwise. is one of merits and not of jurisdiction. the validity of the arbitration clause having ID be considered separately from the validity of the main contract*».

[Ver Texto](#)

(16) Cf. C. Lava Cavassa, «La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional», *Themis. Revista De Derecho*, 61, 2012, pp. 345-361.

[Ver Texto](#)

(17) J.A. Rosen, *loc. cit.*, p. 609.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* P. Landolt, «The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz», *J. Int'l Arb.*, vol. 30, n.º 5, 2013, pp. 511-530.

[Ver Texto](#)

(19) Sobre esta cuestión, puede consultarse G.B. Born, «The law governing international arbitration agreements: An international perspective», *Singapore Academy of L. J.*, vol. 26, 2014, pp. 815-848, así como H. Rüßmann y K. Timár, «The Laws Applicable to the Arbitration Agreement», en *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65* (Geimer, R. y Schütze, R., eds), Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 837-860.

[Ver Texto](#)

(20) J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, pp. 582 y 583.

[Ver Texto](#)

(21) *Ibid.*, pp. 597 ss.

[Ver Texto](#)

# La acción de anulación de los laudos arbitrales ante el Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2022

The action for annulment of arbitration awards before the Constitutional Court

El Tribunal Constitucional dictó una sentencia el 4 de abril de 2022 mediante la que estimó un recurso de amparo contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó una acción de anulación de un laudo arbitral.



**Jose Piñeiro**

*Socio de Cases & Lacambra*



**Fabio Virzi**

*Socio de Cases & Lacambra*

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dado un importante espaldarazo al arbitraje en nuestro país, al estimar varios recursos de amparo contra sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante las que éste anuló laudos arbitrales sobre la base de una interpretación laxa y amplia del concepto de orden público recogido en el art. 41.1º.f) LA.

En el presente documento analizaremos una nueva sentencia dictada en ese sentido por el Tribunal Constitucional. Específicamente, su sentencia de fecha 4 de abril de 2022 dictada a raíz de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de octubre de 2019 mediante la que este decidió estimar una acción de nulidad de un laudo que desestimó una cuestión prejudicial penal suscitada en el marco de un procedimiento arbitral.

Como veremos, según el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de Madrid se extralimitó en su función fiscalizadora pues, en lugar de verificar posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación del laudo (únicas cuestiones que pueden verificarse en acciones de nulidad de laudos ejercitadas al amparo del art. 41.1º.f) LA), sustituyó el criterio de los árbitros (que consideró erróneo) por el suyo propio, lo cual excede los límites del control que pueden efectuar los tribunales con respecto de las decisiones arbitrales.

## II. DE LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

El arbitraje se caracteriza por ser una institución basada en la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes pueden excluir de la jurisdicción la decisión sobre el fondo de un asunto siempre y cuando no verse sobre materias específicamente excluidas.

De conformidad con el art. 43 LA, un laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, siendo un medio de resolución de controversias con una única instancia, salvo que las partes hayan acordado lo contrario.

Así, el citado precepto señala que: «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que el legislador

«configura la institución arbitral como un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes» (FJ 4º, STC 46/2020, de 15 de junio).

Esta exclusión de los tribunales (art. 7 LA) y el dotar de los efectos propios de la cosa juzgada a las resoluciones arbitrales firmes (art. 43 LA), tiene como contrapartida el control jurisdiccional de las decisiones arbitrales previsto en el título VII LA (arts. 40 a 43), que regula la anulación y revisión del laudo.

La acción de anulación, regulada en los arts. 40 a 42 LA, es una acción procesal de naturaleza impugnatoria y de carácter extraordinario, que pueden ejercer quienes han sido parte en un procedimiento arbitral previo, en el que se haya dictado un laudo definitivo que haya concluido el

procedimiento, pero que aún no sea firme.

La citada acción de anulación debe plantearse ante «*la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma*» donde se hubiera dictado el laudo, de conformidad con el art. 8.5º LA, y debe sustanciarse por los cauces del juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 42 LA.

Tal acción solo puede fundamentarse en los motivos «tasados» que establece el art. 41 LA: (i) la inexistencia o invalidez del convenio arbitral (art. 41.1º.a) LA); (ii) la indefensión por falta de notificación de la designación de un árbitro o por no haber podido hacer vales los respectivos derechos (art. 41.1º.b) LA); (iii) incongruencia *extra petita* del laudo arbitral (art. 41.1º.c) LA); (iv) irregularidades en la designación de los árbitros o en la tramitación del procedimiento arbitral (art. 41.1º.d) LA); (v) resolución de cuestiones no susceptibles de arbitraje (art. 41.1º.e) LA); e (iv) infracción del orden público (art. 41.1º.f) LA).

Del citado elenco de motivos de anulación del laudo, el Tribunal Constitucional concluye que

«si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión de fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación» (FJ 2º, STC n.º 17/2021, de 15 de febrero).

En particular y como es conocido, el motivo recogido en el art. 41.1º.f) LA, relativo al orden público, es el más alegado para fundamentar la acción de nulidad del laudo, y ha sido el que ha generado una mayor controversia recientemente por la interpretación que los tribunales han realizado del citado concepto.

En ocasiones, la Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (especialmente el de Madrid), conecedoras de la acción de anulación, han interpretado de forma amplia el concepto de orden público. Ello ha implicado que tales decisiones judiciales consideraran que el laudo arbitral vulneraba el orden público, mediante un análisis del fondo del asunto, y estimaran la acción de nulidad.

Tales decisiones judiciales han propiciado una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre la materia en los últimos tres años, que ha enfatizado los riesgos de una interpretación amplia del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales y la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de tal concepto.

En este sentido, la sentencia el Tribunal Constitucional señala que

«la valoración del órgano jurisdiccional 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» (FJ 2º, STC n.º 17/2021, de 15 de febrero).

### III. LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 4 DE ABRIL DE 2022.

Pues bien, la sentencia objeto de análisis dictada por el Tribunal Constitucional, en fecha 4 de abril de 2022, ha reiterado esa doctrina y ha vuelto a dar un espaldarazo al arbitraje en nuestro país.

Esa sentencia trae causa en un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 4 de octubre de 2019 mediante la que esa Sala decidió estimar una acción de nulidad de un laudo por una supuesta infracción del orden público.

Específicamente, el Tribunal Superior de Justicia consideró que el laudo dictado por los árbitros en un procedimiento arbitral que se suscitó entre dos entidades mercantiles y en el que el Tribunal Arbitral desestimó una cuestión prejudicial penal en dos ocasiones, era contraria al orden público.

---

La Sentencia considera que el TSJ de Madrid analizó nuevamente el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación

---

Para alcanzar ese fallo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid analizó nuevamente la cuestión prejudicial planteada y sus requisitos, así como la valoración que de esos requisitos hizo el Tribunal Arbitral para acabar concluyendo que, aunque el laudo impugnado se motivó debidamente, «la disección que hace el Tribunal Arbitral para afirmar que no consta que lo que es objeto del procedimiento arbitral, no está afectado o determinado por el resultado del procedimiento penal es prematura o aventurada».

Es decir, aunque se constata que el laudo está motivado, el Tribunal Superior de Justicia considera que la interpretación del Tribunal Arbitral sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la prejudicialidad penal es errónea.

Esa decisión es, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2022,

«contraria al canon de constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1º CE), en cuanto desconoce que la anulación solo puede referirse a errores *in procedendo*, y no puede conducir a revisar la aplicación del Derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías en la instancia arbitral» añadiendo que «lo contrario desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso» (FJ 5º, STC 4 de abril de 2022).

Para el Tribunal Constitucional, lo que hizo el Tribunal Superior de Justicia fue, en definitiva, sustituir la decisión de los árbitros por la de los jueces, cambiando la valoración que hace el laudo por la de la sentencia. Y para ello, el Tribunal Superior de Justicia analizó nuevamente el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores *in procedendo* o la ausencia de motivación, únicos controles a los que la justicia puede someter el laudo en aplicación del concepto de orden público.

De hecho, el Tribunal Constitucional resalta que el Tribunal Superior de Justicia alcanza esa decisión pese a reconocer que el laudo arbitral está motivado, lo que evidencia, más si cabe, la extralimitación del control que de ese laudo hizo ese Tribunal.

Por ello, y en consonancia con otras sentencias dictadas en los últimos años, el Tribunal Constitucional decidió estimar el recurso de amparo y ordenó al Tribunal Superior de Justicia a «retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 4 de octubre de 2019 (...) para que por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se proceda a dictar una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental cuya vulneración se declara» (FJ 6º, STC 4 de abril de 2022).



## CRONOLOGÍA DE DECISIONES

# Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales españoles

**NO PROCEDE LA DECLINATORIA ARBITRAL PUES LA CLÁUSULA DISPONE QUE EL DEMANDANTE PUEDE ELEGIR ENTRE CINCO POSIBILIDADES E INCLUSO UNA DE ELLAS ACUDIR A LOS JUZGADOS DE VALENCIA, SIN RANGO DE PREFERENCIA (AAP VALENCIA 11ª 21 JUNIO 2021)**

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Decimoprimera, de 21 de junio de 2021 (ponente: Gonzalo María Caruana Font de Mora) estima un recurso de apelación contra un auto de instancia que no admitió a trámite el monitorio por falta de competencia objetiva dada la sumisión a arbitraje. La Audiencia niega esta sumisión con las siguientes consideraciones jurídicas:

*«(...) la cláusula arbitral viene fundamentada principalmente en el hecho de ser una excepción al sistema de justicia ordinaria, que determina la renuncia al juez natural que en la mayoría de los sistemas democráticos es un derecho constitucional (...).*

*Conforme a tales postulados y vista la cláusula 11ª del contrato denominada de "legislación y competencia", la Sala ha de estimar el recurso de apelación pues las partes no someten las cuestiones de interpretación y ejecución del contrato a uno o más árbitros, sino que disponen que "el demandante" puede elegir entre cinco posibilidades e incluso una de ellas es acudir a los Juzgados de Valencia, sin rango de preferencia entre las mismas ni de exclusividad; por tanto, no consta esa renuncia a los órganos judiciales ni tampoco una determinación exclusiva del arbitraje; no resultando viable y menos a efecto del control de oficio de esta cuestión que el órgano judicial decida por el demandante la opción que debe encauzar la vía competencial de la controversia. Procede, en consecuencia, dejar sin efecto el auto del Juzgado Primera Instancia y deberá darse cumplimiento y resolver la petición del promotor del monitorio, conforme al art. 815 LEC y ello sin perjuicio de las facultades procesales que en tal sentido dispone, en su caso, el interpelado»*

**ES VOLUNTAD DEL LEGISLADOR QUE LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS ENTRE CONSUMIDORES Y EMPRESARIOS SE CANALICE A TRAVÉS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO SIN RESULTAR VINCULANTE PARA EL CONSUMIDOR EL SUSCRITO ANTES DE SURGIR EL CONFLICTO (AAP MADRID 28ª 25 JUNIO 2021)**

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Juntas Arbitrales de Transportes — Transporte aéreo internacional — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimoctava, de 25 de junio de 2021 (ponente; Ángel Gago Peco) estima un recurso de apelación contra un Auto de instancia que había estimado una declinatoria arbitral. De acuerdo con la Audiencia

*«(...) En su redacción originaria, el ap. 1 del art. 38 LOTT establecía que las Juntas Arbitrales habían de decidir las controversias surgidas en las relaciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación "que, de conformidad con lo previsto en el punto siguiente, sean sometidas a su conocimiento". A su vez, el ap. 2 establecía en su primer párrafo que siempre que la cuantía de la controversia no excediera de 500.000 pesetas, las partes someterían al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surgiera en relación con el cumplimiento del contrato, "salvo pacto expresado en contrario". Esta disposición fue calificada de inconstitucional por STC 23 de noviembre de 1995, de Pleno (...). De este modo, en la nueva redacción que se dio al art. 38 LOTT como consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional, se reconoció suficiente a manifestación de una de las partes en contra de la sumisión al arbitraje para dejar expedita la vía de la jurisdicción (...). Por su parte, el art. 57.4º TRLGDCU, en su redacción originaria, rezaba: "4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico". De tal dictado se desprende que las previsiones del último párrafo del art. 38.1º LOTT resultaban de aplicación también en el supuesto de que se tratase de contrato celebrado con un consumidor (...). Tras los cambios introducidos por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, el precepto pasa a leerse así: "4. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables". Esta es la redacción a la que habrá que estar aquí por razones de orden temporal (...).*

*La desaparición de la mención específica a "convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo" revela la voluntad del legislador de que la resolución extrajudicial de conflictos entre consumidores y empresarios se canalice a través del sistema arbitral de consumo, el cual, como hemos visto, requiere acuerdo expreso de las partes, sin resultar vinculante para el consumidor el suscrito antes de surgir el conflicto (...). A la vista del análisis que precede, es diáfano que el recurso ha de prosperar».*

## QUE EL ARBITRAJE SEA DE EQUIDAD O DE DERECHO NO ES CUESTIÓN QUE AFECTE AL «PROCEDIMIENTO», SINO AL LAUDO, POR LO QUE NO CABE APRECIAR QUEBRANTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO PACTADO (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 28 JUNIO 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de equidad — Sustitución de un arbitraje de equidad pactado por un arbitraje de derecho — Acción de anulación — Convenio de arbitraje — Cláusula no negociada inserta en un contrato de adhesión — Procedimiento arbitral — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de julio de 2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) desestima íntegramente la demanda de anulación del laudo de 22 enero 2021 en el procedimiento arbitral n.º 1/2029, de la Corte Provincial de Arbitraje de Córdoba, argumentando como sigue:

*«(...) Sobre la mutación de la naturaleza del arbitraje, de equidad a derecho. El primer motivo de impugnación formulado por la parte actora se ampara en el art. 41.1º. c) LA, por "falta de ajuste del árbitro al procedimiento acordado por las partes en el Convenio". Entiende el demandante que en el convenio hubo sumisión a arbitraje de equidad, y que por resolución del árbitro de 10 marzo 2020 se modificó el convenio (estipulación undécima de los estatutos de la Comunidad). La alegación no puede prosperar, por tres razones: a) En primer lugar, porque que el arbitraje sea de equidad o de derecho no es cuestión que afecte al "procedimiento", sino al laudo, por lo que no cabe apreciar quebrantamiento del procedimiento pactado; b) En segundo lugar, porque la cuestión referida a la concurrencia o no de falta de jurisdicción del árbitro (único contenido del laudo) es una premisa que ha de resolverse obviamente con arreglo a criterios jurídicos, por más que se hubiera pactado el arbitraje de equidad. c) Y en tercer lugar porque obra al folio 106 del procedimiento arbitral una comparecencia del Sr. Antonio en la que expresamente muestra su conformidad en sustituir el arbitraje de equidad pactado por un arbitraje de derecho (...).»*

*«(...) Sobre la vulneración del orden público por apreciar el árbitro su falta de competencia. En segundo lugar, el demandante considera que el laudo es contrario al orden público porque se declara incompetente para conocer de la controversia como consecuencia de una indebida comprensión de las pretensiones de la demanda, al atenderse al tenor literal del suplico sin considerar sus fundamentos, y al mantener una interpretación restrictiva del convenio arbitral, frente al principio de efecto expansivo del mismo consolidado jurisprudencialmente. En la demanda se califica la interpretación por el árbitro del suplico de la demanda arbitral como "tortícera o imperita", reprochándole no haber entendido que lo que se controvertía no era la valoración económica de la participación en la comunidad (que estaba expresamente excluida de arbitraje) sino una indemnización por el daño causado por una actuación fraudulenta de los comuneros demandados, que consistió en un acuerdo de disolución y liquidación cuya finalidad era frustrar la venta de la participación que el Sr. Antonio tenía ya acordada con un tercero por el*

precio de 45.000 € y que previamente había ofrecido a los mismos en virtud de su derecho de adquisición preferente. La cuestión fue explícitamente planteada y resuelta a priori por el árbitro en su resolución de 12 febrero 2020, a la que nos hemos referido en el numeral segundo del fundamento de derecho primero de esta sentencia, en el sentido de declarar la competencia de la Corte exclusivamente para lo referido a la nulidad o anulabilidad de los acuerdos de disolución y liquidación que se adoptaron en la Junta de 26 marzo 2019. Pero no hay inconveniente en replantear la cuestión en esta acción pese a no haber recurrido aquella resolución, por cuanto en ella se decía que no era recurrible, lo que impide calificar de aquietamiento la postura procesal del demandante. Hemos de partir, con todo, de la premisa aceptada expresamente por ambas partes de que, incluso más allá del caso del ejercicio de los derechos de adquisición preferente o retracto de los comuneros, la valoración de las participaciones comunitarias quedaba fuera del ámbito del convenio arbitral, por una interpretación de las estipulaciones undécima y quinta de los estatutos de la comunidad. Esta interpretación es sin duda razonable, y ha sido dada por buena también por la parte demandante (así lo dice expresamente en el segundo párrafo del hecho cuarto de la demanda: "esta parte actora está de acuerdo con este último extremo". Lo que debe dilucidarse, pues, es si resulta contrario al orden público (pues por ese concepto se impugna el laudo) atenerse a una interpretación restrictiva del convenio arbitral que impide extender el arbitraje a aspectos derivados o consecuenciales de la cuestión sí sometible al mismo, y si lo instado en la demanda arbitral comportaba o no controversia sobre la valoración de las participaciones. El laudo, incomprensiblemente, argumenta el rechazo de una interpretación "elástica" del convenio por no ser predicable de los convenios arbitrales suscritos en contratos de adhesión, cuando ciertamente los estatutos de la comunidad de bienes no podían calificarse de contrato de adhesión. Pero al margen de dicha argumentación, lo cierto es que por más que puedan estirarse los contornos de la controversia, no podrán alcanzar a aspectos expresamente excluidos por las partes, como en este caso era la cuestión de la valoración de las participaciones».

## EL TSJ DE MADRID DESESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN EN ARBITRAJE DE LA CORTE DEL ICAM SOBRE RECLAMACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE HONORARIOS (STSJ MADRID CP 1ª 6 JULIO 2021)

Arbitraje — Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Abogados — Honorarios — Incongruencia *extra petita* — Orden público — Anulación improcedente .

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 julio 2021 n.º 52/2021 (ponente: David Suárez Léoz) desestima una acción de anulación frente a un laudo dictado por un árbitro único en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en un asunto de reclamación de la devolución de honorarios. De acuerdo con esta decisión

«Se alega, como único motivo de nulidad, conforme art. 41.1º.f) L A, "ser el laudo contrario al orden público", que fundamenta en la falta de motivación de la decisión arbitral, así como que

*incurre en una contradicción palmaria no sólo con los hechos considerados probados, sino también con los propios razonamientos plasmados por el árbitro en fundamentos anteriores de la misma decisión arbitral. Pues bien, en cuanto a lo que se debe entender por orden público, la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020, tiene establecido: "Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente". Igualmente, la reciente STC, de fecha 15 de febrero de 2021 (Recurso de amparo 3956-2018), concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje y a 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. [...] 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, al no ser esta Sala una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia, y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues lo que pretende la actora es que esta Sala revise el laudo dictado en cuanto al fondo, como si esta Sala fuera una verdadera segunda instancia. Si limitamos nuestro examen del Laudo impugnado a los motivos que nos señala la referida Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, no podemos sino rechazar la denunciada vulneración del orden público. Y así, no se alega en ningún momento en la demanda de anulación infracción alguna de los principios que deben regir el procedimiento arbitral, singularmente el derecho a ser oídas las partes, a proponer las pruebas que estimen oportunas en favor de sus respectivas pretensiones y a hacer las pertinentes alegaciones en su defensa. En primer lugar, el*

*árbíto asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes. Bien es cierto que la parte ahora demandante mantiene que la cuestión planteada por el demandante en el procedimiento arbitral era meramente económica, y por ello no estaba sometida a arbitraje, por no venir recogida en el convenio arbitral. Y así, ciertamente el art. 41 de la citada Ley de Arbitraje establece que el laudo "podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión". Pues bien, no existe duda que la cuestión que se había de dilucidar en el procedimiento arbitral, en concreto si el precio que corresponde a los servicios realmente prestados por el ahora demandante se correspondía con la cantidad que adelantó el solicitante de sus servicios, ahora parte demandada, y el objeto del procedimiento arbitral era determinar exactamente qué precio se pactó para cada concreto servicio, y en la nota de encargo en la que se basa la demanda arbitral, en su cláusula»*

*«(...), con el título de "Sometimiento a arbitraje", presenta la siguiente redacción: "La presente hoja de encargo cumple las disposiciones impuestas en la materia por el Consejo General del Poder Judicial (sic). No obstante, para cualquier duda que surja en el cumplimiento, interpretación y ejecución del presente acuerdo, ambas partes se someten, con renuncia expresa a su propio fuero, a un arbitraje de derecho ante el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, presidido por los árbitros que éste designe a tales efectos". Es por ello que ninguna duda alberga la redacción de tal cláusula, y la discusión sobre el precio de los servicios prestados en base a tal nota de encargo constituye la materia de interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato plasmado entre ambas partes, tal y como acertadamente resuelve el mismo árbitro en su Laudo Parcial de fecha 29 de junio de 2020, el cual, por otra parte, no ha sido objeto de planteamiento de ninguna acción de nulidad por el ahora demandante. Dicho lo cual, 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 15 de febrero de 2021 "...". Por ello, si esta Sala no se limita a realizar un examen externo de la motivación, sino que entra a hacer su propia valoración de la prueba, nos excederíamos de lo que es procedente en el procedimiento de impugnación de los laudos arbitrales».*

**SI BIEN EN EL CONVENIO MARCO DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADA DE ACCIDENTES DE TRÁFICO NO SE MENCIONA LA PALABRA «ARBITRAJE»», SI QUE EXISTE UNA VOLUNTAD EXPRESA E INEQUÍVOCA DE SOMETER LAS CONTROVERSIAS A LA SUBCOMISIÓN DE VIGILANCIA (AAP GRANADA 3ª 8 JULIO 2021)**

Arbitraje — Arbitraje de seguros — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral —

## Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, de 8 de julio de 2021 (ponente: Angélica Aguado Maestro) desestima un recurso de apelación contra la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral en nombre y representación de la entidad M.S. por estar sometida la cuestión planteada a arbitraje, acordando el archivo de las actuaciones. La Audiencia considera lo siguiente:

*«(...) Es un hecho admitido por las partes que ambas están adheridas al Convenio Marco de Asistencia Sanitaria derivada de Accidentes de Tráfico para los ejercicios 2014-2015-2016-2017 (sector Privado) UNESPA que tiene por objeto la asistencia sanitaria integral, tanto hospitalaria como ambulatoria, prestada a los lesionados por hechos de la circulación hasta su total sanación o estabilización de las secuelas y la simplificación y agilización de los trámites y gestiones administrativas que en aplicación de las obligaciones derivadas de las prestaciones sanitarias prestadas al amparo del mismo, surjan entre los Centros Asistenciales, las Entidades Aseguradoras y el Consorcio de Compensación de Seguros adheridos al Convenio. Según el art. 3.5 únicamente procederá la negativa de una Entidad Aseguradora o del Consorcio de Compensación de Seguros a hacerse cargo de facturas de los gastos asistenciales en los supuestos que enumera a continuación. En la estipulación Cuarta se pacta que "Los Centros Asistenciales, así como las Entidades Aseguradoras y el Consorcio de Compensación de Seguros adheridos al Convenio se obligan a someter las diferencias que en la aplicación del mismo puedan surgir a las Subcomisiones de Vigilancia correspondientes. Las Subcomisiones, en su caso, podrán trasladar dichas diferencias a la Comisión de Vigilancia". Obligación que vuelve a reproducirse en el art. 4.4: "Las resoluciones de la Comisión Nacional y de las Subcomisiones de Vigilancia serán vinculantes y de obligado cumplimiento en el plazo de 30 días naturales desde su comunicación, siendo finalizadoras del procedimiento interno establecido por las partes. No obstante, las resoluciones de las Subcomisiones pueden ser excepcionalmente revisables ante la misma Subcomisión que la emitió. Los Centros Asistenciales, las Entidades Aseguradoras que se adhieran a este Convenio y el Consorcio de Compensación de Seguros se comprometen a cumplir las resoluciones de la Comisión o Subcomisión de Vigilancia correspondiente. No obstante, en el caso de que dichas resoluciones no se cumplieran por cualquiera de las partes en el plazo establecido en este apartado, en última instancia, las partes serían libres de acudir a la vía judicial para poder hacer efectivas sus pretensiones. "De conformidad con lo pactado en el Convenio, el recurso de apelación no puede prosperar pues la parte actora ante la discrepancia con la compañía de seguros en cuanto al pago de la factura por la asistencia sanitaria prestada, acudió primero a interlocutores y después a la Subcomisión de Vigilancia que se pronunció y rechazó su pretensión, siendo estas resoluciones vinculantes para los que se adhieran al Convenio y de obligado cumplimiento, estando únicamente prevista la posibilidad de acudir a la vía judicial si la resolución no se cumpliera, lo que no es el caso. Por tanto, conforme al contenido del Convenio resulta acreditado que las partes acordaron someter sus posibles diferencias a lo que resolvieran las Subcomisiones de Vigilancia correspondiente, lo que implica, en definitiva, solventar sus discrepancias mediante el arbitraje de tal Subcomisión, tal y como así hizo la actora siendo su*

*pretensión desestimada, pues su intervención no tiene el carácter de conciliación previa a la vía judicial que sólo está prevista para el caso de que la resolución no se cumpla; forma de actuar más acorde con la finalidad perseguida de eliminación de litigiosidad que impregna toda la materia de seguro, sobre todo en el ramo del automóvil. Art. 9 LA "1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». En el caso ahora analizado, si bien en el Convenio no se mencione la palabra "arbitraje", si que existe una voluntad expresa e inequívoca de someter las controversias que puedan surgir en esta determinada relación jurídica a lo que resuelva o decida la Subcomisión de Vigilancia y lo que esta entidad decida es de obligado cumplimiento. En este mismo sentido el auto de la Sección 4 de 13 de marzo de 2012 de la AP de A Coruña (recurso n.º 38/2012) y el auto de la Sección 3 de la AP de Palma de Mallorca de 15 de noviembre de 2017 (recurso n.º 379/2017): ("...")».*

[Vid.. AAP Palma de Mallorca 3ª 15 noviembre 2017 «Del tenor literal del convenio suscrito entre las partes se desprende la voluntad de las partes de someter las diferencias que puedan surgir en el desarrollo del mismo a arbitraje»]; SAP Bilbao 18 mayo 2018: «La sumisión a arbitraje de la cuestión litigiosa no puede apreciarse de oficio sino a instancia de la parte demandada mediante la formulación de declinatoria»; AAP León 2ª 28 octubre 2020: «De las estipulaciones del convenio se deduce, sin ningún género de dudas, que las controversias que surgieran entre las partes por la asistencia prestada a un lesionado en un accidente de tráfico, deben ser sometidas a arbitraje».]

## **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 14ª 12 JULIO 2021)**

Arbitraje — Convenio arbitral — Despacho de ejecución — Acción de anulación — Orden público — Estimación.

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 n.º 47 de Madrid de 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 TJUE, 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) n.º 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».*

## **ES EVIDENTE LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL, MATERIALIZADO EN UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE, SIN QUE LA MISMA PRESENTE GRAVES DEFICIENCIAS QUE APUNTARAN A SU POSIBLE NULIDAD (AAP BARCELONA, 11ª 21 JULIO 2021)**

Arbitraje — Arbitraje comercial internacional — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Contratos — Convención de Viena 1980 — Directiva 93/13/CEE jurisprudencia unión europea verificación del convenio arbitral.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimera, de 21 de julio de 2021 (ponente: Mireia Borguño Ventura) desestima un recurso contra la decisión de instancia que admitió una declinatoria arbitral, razonando del siguiente modo:

*«(...) La resolución de instancia declara la validez de la cláusula arbitral y la aceptación inequívoca de la compradora de dicha cláusula, por lo que declara la falta de jurisdicción para conocer de la demanda con sobreseimiento de las actuaciones, y sin hacer especial imposición de las costas procesales. Frente a dicha resolución se alza la parte actora que recurre en apelación alegando el error en la interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje y su aceptación por las partes, reiterando los motivos alegados al oponerse a la declinatoria. La parte contraria se opone al recurso y formula al mismo tiempo impugnación para oponerse al pronunciamiento relativo a las costas procesales, que entiende deben ser impuestas a la parte actora (...). El contrato de compraventa de maquinaria objeto del presente procedimiento contiene la siguiente cláusula: "...»*

*«(...) El convenio arbitral es un acuerdo por escrito, generalmente incluido en el marco de un contrato principal, pero sin que sea ello necesario para su validez y eficacia, en el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje toda controversia o conflicto que derive de la relación negocial de las partes. El art. 9 LA establece los requisitos de forma y contenido que el convenio arbitral debe reunir para ser válido, especialmente la expresión de 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 su constancia por escrito en documento firmado por las partes. Y el art. 11 del mismo cuerpo legal precisa que el convenio arbitral impide a los Tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril*

de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede resultar plenamente aplicable para apreciar el carácter abusivo de un convenio de sumisión arbitral, siempre que se cumplan dos condiciones: que se trate de una cláusula no negociada individualmente y que dicha cláusula sea parte integrante de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario. Sólo cumpliendo dichos requisitos sería de aplicación el art. 3.1º de la Directiva que dispone que "serán abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". En el caso que se examina la parte actora no ostenta la condición de consumidora puesto que la compra de la maquinaria de la demandada tuvo lugar en el ámbito de su actividad empresarial. Como se declara en la STS 20 enero 2020, con remisión a la STS 3 de junio de 2019, y de plena aplicación a la aquí actora, "... no cabe duda alguna de que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC). Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGCU. Puesto que, como también declaró la sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra "una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social". Al no ostentar la actora la condición de consumidora, según reiterada jurisprudencia, por todas la STS del 4 de febrero de 2020 y todas las que en ella se citan (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras), resulta improcedente la aplicación de los controles de transparencia y abusividad regulados en la LCGC, y la protección queda limitada al control de incorporación a que se refiere su art. 7 que deja fuera las condiciones que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)).».

«(...) Siendo incuestionable que las partes convinieron la sumisión a arbitraje de las controversias que pudieran surgir del contrato, la recurrente sostiene también que tal pacto no es suficiente para reputar inequívoca su voluntad, pues en el párrafo segundo de la cláusula 14 recoge la posibilidad solo para la vendedora de acudir a los tribunales, prerrogativa que dice es parcial y desequilibrante para la compradora y califica de cláusula híbrida asimétrica. La validez de las cláusulas híbridas ha sido admitida, en general, por nuestra jurisprudencia. El AAP Madrid, sección 28, de 18 de octubre de 2013, tras señalar que los acuerdos de sumisión a arbitraje de carácter internacional son perfectamente lícitos, declara que: "... no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía)». Sigue exponiendo dicha resolución que "... si el art. 22.2 LOPJ autoriza la prórroga de jurisdicción a favor de los Tribunales españoles, ha de admitirse, como señala la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 13 de octubre de 1993

y 29 de septiembre de 2005), la sumisión a órganos judiciales extranjeros. La validez del pacto estará condicionada a la observancia de las normas convencionales que rigen la competencia judicial internacional, antes el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y, ahora, el Reglamento 44/2001 del Consejo, aplicables cuando al menos una de las partes de la relación jurídica tuviere su domicilio en un Estado contratante...», actualmente Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre. En el presente caso es de destacar que aún cuando la posibilidad de acudir a los tribunales que se reconoce solo a la vendedora pudiera ser contraria a los principios de buena fe al no respetar el equilibrio de posibilidades entre las partes contratantes, la propia cláusula establece in fine que: "La invalidez, en su caso, del presente art. 14.2 no podrá en ningún caso invalidar el art. 14.1º", esto es, la validez de la cláusula arbitral permanece incólume, sin quedar afectada por la posible nulidad de lo acordado en el ap. 14.2. La STS del 10 julio 2007, al resolver un supuesto que tras el convenio arbitral las partes también pactaron otro referente a la sumisión al fuero de los tribunales, reiteró su doctrina conforme a la que: "... la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario, no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a arbitraje, sino que "obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste", añadiendo también como argumento de cierre que, "una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral...". Consecuencia de todo ello es que se constata una clara evidencia de la existencia de un convenio arbitral, materializado en una cláusula de sumisión a arbitraje que está plasmada por escrito en el contrato suscrito por las partes litigantes, sin que la misma presente graves deficiencias que apuntaran a su posible nulidad, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación».

## IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN, PUES LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL REGULADO NO PUEDE DE NINGÚN MODO ALCANZAR LA CONSIDERACIÓN DE «ORDEN PÚBLICO» (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 27 JULIO 2021)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Orden público — Anulación improcedente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 27 de julio de 2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) desestima una demanda en solicitud de nulidad del laudo arbitral dictado con fecha 18 febrero 2021 por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Málaga, con los siguientes fundamentos jurídicos:

«(...) Debido a una facturación defectuosa, al parecer motivada por un defectuoso funcionamiento del contador que fue verificado, el hoy demandado formuló reclamación de arbitraje contra la mercantil hoy actora solicitando la exención del pago de dichas facturas con la corresponden de devolución. Seguido el procedimiento, se dictó laudo que condenó a E. a proceder a la refacturación conforme a las bases que establece. Contra dicho laudo se interpone demanda de nulidad invocando las causas c) ("Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión") y d) ("Que la designación de árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al

acuerdo entre las partes"),. En concreto, reprocha al laudo no haber resuelto en derecho, con aplicación de las normas jurídicas de aplicación, en particular el art. 47 del Decreto 120/91, de Suministro Domiciliario de Agua (...). La demandante entiende que pese a que se pactó por las partes que el arbitraje lo sería en derecho, la Junta Arbitral ha resuelto en equidad, y de ahí deduce dos consecuencias: una, que el procedimiento no se ha ajustado al acuerdo entre las partes; otra, que el laudo no se ajusta a derecho. El planteamiento de la demanda es defectuoso. En primer lugar, porque que el laudo se dicte en equidad o en derecho no podría comportar un vicio in procedendo, sino in iudicando. El arbitraje se ha sometido al único procedimiento previsto, siguiéndose todos sus trámites. En la audiencia, la reclamada y hoy demandante pudo esgrimir los argumentos de hecho y de derecho que entendió convenientes. Lo que en realidad la demandante reprocha al laudo es una contravención de normas jurídicas (en concreto, el art. 47 del Decreto 120/91), al considerar que la consecuencia de la indebida facturación no es, según la normativa aplicable, la simple anulación de las facturas, sino el pago de las cantidades determinadas en ese precepto. Se trata, pues, de una cuestión de fondo, sobre la que únicamente cabría control por la vía de la vulneración del orden público, siendo así que la correcta interpretación de una norma reglamentaria prevista para su aplicación en el procedimiento regulado por dicha norma no puede de ningún modo alcanzar la consideración de "orden público". A ello debe añadirse que el laudo no se limita a anular las facturas irregulares, sino que condena a la "refacturación", con arreglo a las bases que se señalan en el fundamento de derecho único, en el que justamente se alude al Reglamento de Suministro Domiciliario de Agua de Andalucía, y concretándolo del siguiente modo: "calculando el consumo estimado conforme al consumo que para el mismo período de tiempo y época del año para los que procede la refacturación (periodos 2020-01 y 2020-02) se refleje en el histórico de consumos del año anterior. Que la demandante discrepe de este modo de aplicar la referida norma no es materia que pueda alegarse para fundar la nulidad del laudo, dado el carácter excepcional de esta acción, que sólo justifica la nulidad en causas tasadas que notoriamente no concurren en este caso (...) Al no tener la Sala ninguna duda de hecho ni de derecho sobre la falta de fundamento de la demanda, han de imponerse las costas a la demandante"».

## DENEGACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR QUE PRETENDE GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CCI POR CARECER LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE COMPETENCIA PARA SU CONOCIMIENTO (AAP OURENSE 1ª 1 SEPTIEMBRE 2021)

Arbitraje — Cámara de comercio internacional — Bolivia — Competencia judicial internacional — Derecho internacional privado — Medidas cautelares: denegación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera, de 1 de septiembre de 2021 (ponente: María del Pilar Domínguez Comesaña) entiende de la solicitud de adopción de una medida cautelar, sin audiencia de la demandada, consistente en que se ordene a Administradora Boliviana de Carreteras, organismo autónomo del Estado Plurinacional de Bolivia, con domicilio en Bolivia, que no ejecute un aval bancario a primer requerimiento por importe de 15.129.977,48 dólares

estadounidenses, emitido por la entidad Banco Bisa, S.A. como garantía concedida a C. ante la Administradora Boliviana de Carreteras, beneficiaria del aval, en cumplimiento del contrato suscrito por C. con la Administradora Boliviana de Carreteras, para la construcción de una carretera en Bolivia, así como de la contragarantía concedida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. en favor de Banco Bisa, S.A. Con carácter subsidiario solicita la medida cautelar consistente en el embargo preventivo de las cantidades entregadas o pendientes de entrega por parte de BBVA, como consecuencia de la ejecución de las garantías. La solicitante alega que la Administradora Boliviana de Carreteras (en lo sucesivo ABC) resolvió injustificadamente el contrato y que C., de conformidad con lo convenido en el contrato, promovió un procedimiento arbitral frente a la ABC ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el que se dilucidará si C. ha incurrido en los incumplimientos que le imputa ABC y en consecuencia, si la resolución unilateral del contrato por parte de ABC está o no justificada. Si se concluye que es injustificada la ejecución de las garantías prestadas por ABC sería improcedente. Para justificar la procedencia de la medida cautelar, la recurrente alega que ABC ha manifestado su intención de proceder a la ejecución de las garantías. Que si ABC ejecuta las garantías y el resultado del laudo arbitral es contrario a los intereses de ABC, C. tendría muy difícil recuperar el importe de los avales ejecutados, ya que ABC ha dado muestras de no respetar las decisiones dictadas en procedimientos arbitrales y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se enfrenta a serias dificultades en los tribunales bolivianos, que además no ofrecen las suficientes garantías de imparcialidad.

La Audiencia confirma la decisión de instancia denegatoria de la medida cautelar afirmando que:

*«(...) La juzgadora de instancia apreció de oficio, mediante auto de fecha 10 de agosto de 2021, que no es objeto de este recurso, la falta de competencia de los tribunales españoles para acordar la medida cautelar consistente en suspensión de la garantía otorgada por Banco Bisa S.A. a favor de ABC. En relación con la medida cautelar consistente en suspensión de la contragarantía otorgada por BBVA S.A. a favor del Banco Bisa S.A., entendió que existía fuero competencial habilitante, si bien, denegó la citada medida atendiendo al carácter autónomo del aval a primer requerimiento, que queda desvinculado del contrato garantizado (el que vincula a C. y a ABC) siendo inmune a las excepciones derivadas de dicha relación contractual y por cuanto la contragarantía prestada por BBVA S.A. no se otorgó en garantía de la buena ejecución de la obra por parte de la contratista, o, en su caso, de la devolución del anticipo efectuado por ABC, sino de la garantía o aval a primer requerimiento prestado por Banco Bisa S.A. a favor de ABC. La representación procesal de C. recurre el pronunciamiento desestimatorio de la medida cautelar (auto de fecha 3 de agosto de 2021). Sostiene que las garantías a primer requerimiento pueden ser objeto de suspensión cautelar cuando la controversia se da entre garantizado y beneficiario y cita en apoyo de esta tesis diversas sentencias de distintas Audiencias Provinciales. Alega que la garantía a primer requerimiento no siempre goza de naturaleza abstracta, ya que conforme a la doctrina más reciente del Tribunal Supremo ha de atenderse a los términos de la garantía para determinar si concurren en ella las notas de ajenidad e independencia, típicas de las garantías abstractas y, afirma, que el paquete de garantías objeto de la pretensión cautelar están causalizadas y vinculadas al contrato garantizado por las razones que expone en el escrito de recurso. Entiende que lo relevante para conceder, o no, una medida cautelar es su carácter*

*instrumental (art. 726 LEC) y que en el caso que nos ocupa, la medida cautelar pretende garantizar la efectividad del procedimiento arbitral para el caso que el laudo arbitral condene a ABC a devolver a C. las garantías prestadas al amparo del contrato y en atención a los incumplimientos de ABC y la ausencia de justificación de la resolución del contrato por parte de ABC. Indica que C. se enfrenta a un peligro de mora procesal por las dificultades con las que se enfrentan las entidades extranjeras para ejecutar un laudo arbitral en Bolivia dictado contra entidades públicas bolivianas y porque los tribunales de Bolivia no ofrecen adecuadas garantías de independencia e imparcialidad en los litigios contra entidades públicas, lo que merma el derecho a la tutela judicial efectiva de la actora en el caso de que C. tuviese que acudir a los tribunales bolivianos para recuperar el importe del aval ejecutado por ABC, circunstancias éstas, que el Auto recurrido no ha valorado. Por último, alega que consta acreditada la apariencia de buen derecho, mediante el informe legal preparado por PPO (doc. 55)».*

*«(...) La posibilidad de acordar como medida cautelar la suspensión de un aval a primer requerimiento no es una cuestión pacífica en la doctrina (...). En el caso que nos ocupa no concurre el requisito de la instrumentalidad, por lo que resulta innecesario examinar la presencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y de mora procesal. La paralización de la contragarantía no impide que ABC ejecute la garantía prestada por B.B. S.A. a favor de aquélla en garantía de las obligaciones asumidas por C. en el contrato de licitación sujeto a controversia arbitral, por lo que no guarda relación de instrumentalidad y de conexión con la tutela que se pretende obtener y resulta inadecuada para garantizar la efectividad y ejecución de un posible laudo arbitral favorable a C. (...). Conforme a ello, la contragarantía es independiente y autónoma frente al contrato controvertido y vincula directamente a B.B. S.A. (beneficiario) con la entidad BBVA, S.A. (emisor o garante) por lo que, al margen de la polémica doctrinal surgida acerca de la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecución de un aval a primer requerimiento, la suspensión cautelar de la contragarantía no es procedente por cuanto no está preordenada a garantizar la efectividad del laudo que en su día pueda dictarse en el procedimiento arbitral. Las razones expuestas por la recurrente podrían ser relevantes en orden a justificar la procedencia de la medida cautelar de índole personal consistente en que ABC se abstenga temporalmente de ejecutar el aval prestado por B.B. S.A., también interesada en la demanda, pero respecto de la cual la Magistrada a quo se abstuvo de conocer por carecer los tribunales españoles de competencia para su conocimiento. Lo que no puede la recurrente es solicitar la suspensión de la contragarantía porque ABC no es la beneficiaria de ésta. Por lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la íntegra confirmación del auto recurrido»*

## **EL TSJ DE MADRID DESESTIMA UN INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA LA SENTENCIA DEL MISMO TRIBUNAL DE 21 DE MAYO DE 2021 QUE DESESTIMÓ LA ACCIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA CONTRA EL LAUDO DICTADO EN EL ASUNTO MAZACRUZ (ATSIJ MADRID CP 1ª 9 SEPTIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Acción de anulación — Motivación — Orden público — Doctrina del Tribunal Constitucional — Incidente de nulidad de actuaciones: desestimación.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 9 de septiembre de 2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) en el asunto «Mazacruz» desestima un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 2021 que en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, había declarado la nulidad de la Sentencia, también del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de enero de 2018. De acuerdo con este Auto:

*«(...) El incidente formulado objeta a nuestra resolución, el que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y que solo su anulación, con los efectos que solicita en el suplico, permitiría restaurar dicho derecho. Efectivamente el incidente de nulidad de actuaciones, como hemos expuesto al hilo de la doctrina jurisprudencial reseñada, tiene por objeto, como remedio excepcional, subsanar los defectos en que haya podido incurrir una resolución judicial firme, en los casos previstos en el art. 238 LOPJ y concordante art. 225 LEC y que hayan producido efectiva indefensión a la parte. No es ocioso decir que dicho instrumento no es de aplicación a los Laudos arbitrales, sino únicamente a la sentencia judicial, que, en su caso, haya podido dictarse con ocasión de un recurso de anulación de la Ley de Arbitraje. Por lo tanto, no puede hacerse valer el incidente ante el tribunal jurisdiccional para atacar el laudo, aunque indirectamente, en la medida en que la sentencia judicial pueda ser nula, pueda afectar al Laudo, en cuanto que deba dictarse una nueva sentencia. El incidente formulado plantea los siguientes motivos de nulidad: 1º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia en cuanto rechaza la denuncia de falta de imparcialidad del árbitro como motivo de anulación, provocando la quiebra del derecho a la tutela efectiva de la parte incidentante. 2º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia en cuanto rechaza el motivo quinto de la anulación, donde se denuncia la valoración de Mazacruz, S.L. como materia inarbitrable a efectos del art. 41.1 e) LA y como decisión contraria al orden público. 3º. Irrazonabilidad de la motivación de la sentencia, que determina que la disolución y liquidación de Mazacruz, S.L., decretada por el laudo no vulnera el orden público por considerar que no infringe ninguna norma imperativa, pese a no concurrir causa legal ni estatutaria que justifique dicha decisión. 4º. La sentencia desconoce y vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada constitucionalmente reconocidos en cuanto admite la validez de un laudo que vulnera el orden público al decretar la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal ni estatutaria que lo ampare. 5º. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la propiedad privada como motivo de nulidad de la sentencia, en tanto infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el art. 24.1º CE, al privar a esta parte de sus derechos con una motivación racional y arbitraria. 6º. Vulneración el derecho a la intangibilidad de las sentencias firmes (art. 24.1º CE), que han declarado la validez del voto plural de D. Gabino como infracción del orden público. 7ª. Irrazonabilidad de la sentencia en cuanto rechaza el motivo cuarto de anulación donde se denuncia la violación del orden público por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) y a la proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3º CE) en la motivación y en la valoración probatoria. El examen del enunciado de los motivos de nulidad de nuestra sentencia, y que se corrobora con el extenso desarrollo que de los mismos hace la parte incidentante, nos lleva a discrepar y no compartir las consideraciones y afirmaciones que hace la*



parte incidentante, por lo que debemos rechazar el incidente y mantener nuestra resolución, pudiendo al respecto hacer una serie de consideraciones generales, que abarcan al conjunto de los motivos de nulidad. a) De los motivos de nulidad expuestos, realmente solo tendrían encaje en el incidente de nulidad, aquellos vicios procesales —no se discute la competencia de la Sala para el dictado de la sentencia que se ataca relacionados con la falta de motivación, y su equivalencia cuando la motivación es irracional y arbitraria. Los motivos que atacan nuestra Sentencia que no denuncian dicho vicio, son claramente motivos que reproducen los motivos de anulación del Laudo, expuestos en la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento. Son motivos que afectan al fondo de lo resuelto por la Sala, dentro del marco que la Ley de Arbitraje y la reciente Doctrina del Tribunal Constitucional fijan para el recurso de anulación. Exceden, por tanto, como ya avanzábamos, el objeto, alcance y finalidad del incidente de nulidad de actuaciones. En su caso, deberán ser expuestos en el eventual recurso de amparo que se vislumbra, por la parte incidentante. Abunda, sin duda, en esta apreciación acerca del exceso en la utilización del incidente, el apoyo que, en alguno de los motivos de oposición, utiliza del voto particular emitido contra la sentencia mayoritaria de la Sala. Decimos esto, no porque no sea legítimo hacerlo, máxime el extenso y razonado voto particular emitido, como era de esperar, sino porque, lógicamente el voto particular discrepa de la sentencia de instancia, a salvo algún extremo, en relación a la decisión de fondo adoptado por la mayoría del Tribunal, pero no porque haya incurrido la sentencia en alguno de los vicios que acarrearán la nulidad, conforme a lo previsto en el art. 238 LOPJ».

«(...) Sin perjuicio de que podamos hacer alguna breve consideración sobre alguno otro de los motivos de nulidad, examinaremos los que tiene verdadero y correcto encaje en el incidente de nulidad, y que se circunscriben a la denunciada falta de motivación o a la calificación de la misma como irracional y arbitraria. A juicio de la Sala, nuestra resolución está motivada y da respuesta en derecho a la pretensión deducida por la parte demandante, que recordemos es la que ejercita la acción de anulación (...). El examen de la sentencia dictada por esta Sala, resolviendo la demanda de anulación de Laudo arbitral, que da lugar a la presente litis, oportunamente deducida, como decimos, por la parte demandante, cumple con los expuestos requisitos de motivación exigibles, dando una respuesta en derecho, razonada y razonable, a juicio de la Sala, examinando todos los aspectos fácticos y jurídicos planteados tanto por la parte demandante, como de la parte demandada, oponiéndose a la misma. El mero examen de nuestra resolución, con independencia del acierto de la misma, cuestión de fondo que excede examinar con ocasión del presente incidente de nulidad, pone de manifiesto que existe una fundamentación, que aborda expresamente las cuestiones planteadas por la parte demandante en relación a la petición de anulación del Laudo cuestionado. Dicha afirmación la mantenemos, tanto en relación con la denunciada irrazonabilidad de nuestra resolución frente a la alegación de falta de imparcialidad del árbitro, como en relación a la resolución del motivo de anulación, relativo a la disolución y liquidación de Mazacruz, S.L., así como en cuanto a privar a la parte de sus derechos con una motivación irracional y arbitraria y, en fin, en cuanto al rechazo del cuarto motivo de anulación del Laudo. Por lo que se refiere a la primera cuestión, no podemos sino poner en valor lo que señala la parte contraria y es la trascendencia que alcanza, con ocasión del incidente de nulidad, la cuestión de la denunciada falta de imparcialidad del árbitro, cuando en la demanda de anulación era una

cuestión tratada accesoriamente. Ya señalábamos en nuestra resolución, que no desconocíamos la obligación que para el árbitro se desprende del art. 17 LA, pero lo anterior lo tratábamos conjuntamente con lo que también disponía el art. 17.2º en su último párrafo, respecto de la diligencia que es exigible a las partes en este tema de la posible falta de imparcialidad. La parte incidentante hace especial hincapié en la primera parte, con apoyo en el voto discrepante. En definitiva, estaríamos ante una discrepancia en la interpretación del precepto. En cualquier caso, la Sala explica por qué opta por la respuesta que se da, bastando la mera lectura de nuestra resolución, aunque no se comparta. En cualquier caso, cabe señalar: a) Que la mera falta del deber de revelación no siempre infringe el deber previsto en el art. 17 LA, en la medida en que realmente no afecte a la parcialidad del árbitro. No basta la mera sospecha —que es lo único que la parte demandante aportaba— sino que hace falta aportar un principio de certeza de dicha falta de imparcialidad. Ello al margen de que la falta de imparcialidad debe venir referida sustancialmente con las partes Así se ha considerado en sentencias como la SAP Madrid, de 15 septiembre 2008, STSJ C y L de 20 enero 2015. Por otra parte, no siempre la existencia de vínculos, por ejemplo, económicos o de jerarquía, entre el árbitro y la institución arbitral o alguna de las partes o con el abogado de una de ellas, determina la infracción del deber de revelación. En este sentido cabe citar las STSJM de 28 enero 2015, 22 mayo 2014, 28 enero 2015. En el caso presente la Sala, conforme al criterio mayoritario, valoró la prueba aportada, considerándola insuficiente para pasar de una mera sospecha de falta de imparcialidad a una duda razonable de la misma. Así lo exponemos y razonamos, añadiendo el resto de razones que fundamentan el rechazo del motivo de nulidad. Existe, por tanto, motivación suficiente. En otro orden de cosas y aplicable a todos los apartados de que configuran los motivos de anulación formulados, en cuanto que contrarios al orden público, la motivación que desarrolla nuestra sentencia tiene en cuenta, a la hora de valorar la labor decisoria del árbitro y la suficiencia valorativa de la prueba y de la fundamentación que plasma en el Laudo, la reciente Doctrina del Tribunal Constitucional, de la que es claro reflejo la que dictada en relación con el presente procedimiento, motiva el dictado de la segunda sentencia. En su reciente sentencia 46/2020, de 15 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional, ha señalado: "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. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues "la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo"(ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir —a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial— que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las "exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05). Es cierto que la contravención del "orden público" se establece en el art. 41.1º f) LA como motivo de anulación y en el art. V.2ºb)

del Convenio de Nueva York de 1958 como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros. Ahora bien, el problema que precisamente suscita este asunto es el de qué debe entenderse por orden público o si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de lo que deba entenderse por orden público es arbitraria e irrazonable y con esa irrazonabilidad se ha vulnerado el derecho de las partes a la motivación razonable de las resoluciones judiciales. Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente». En relación al orden público el Tribunal Constitucional no deja de reconocer, como no podía ser de otro modo que "la contravención del «orden público» se establece en el art. 41.1.º.f) LA como motivo de anulación". Y que "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"., dicho de otro modo, el arbitraje que infrinja dichos principios, con la interpretación que hace el tribunal, vulnerará el orden público y dará lugar a la concurrencia del motivo de nulidad. La motivación que se contiene en nuestra sentencia, recogiendo el criterio mayoritario, se ajusta, como no podía ser de otro modo a dicha doctrina, que no puede ser desconocida, aunque se discrepe de la misma y lógicamente supone que la Sala debe centrar su motivación, en el examen de los motivos de anulación, a dichos parámetros, abandonando posturas de aplicación desorbitada del concepto de orden público, cuando bajo dicho concepto en realidad lo que se reexamina es la decisión del árbitro, a modo de un recurso pleno en segunda instancia. El canon constitucional de motivación, a juicio de la Sala —en su composición mayoritaria—, pese a lo manifestado por la parte incidentante, se ha cumplido, máxime cuando, incluso en relación a los motivos de anulación (los primeros) formulados por la parte demandante se apoya en la sentencia inicialmente dictada — que acogimos como nuestros para volver a desestimar dichos motivos—, por lo que cabe señalar, como pone de relieve la parte contraria, que hay una motivación, suficientemente expuesta, apoyada por dos Salas y respecto de lo que ninguna tacha de insuficiente fundamentación hizo el Tribunal Constitucional. Ciertamente es que no podemos obviar la contradicción que supone el que la sentencia inicial fuera votada por unanimidad, sin salvar el criterio discrepante advirtiendo que lo era solo por mayoría o formulando entonces voto particular y que con ocasión del resultado del recurso de amparo, se formule, sin duda legítimamente, un voto particular respecto de los extremos que ya fueron enjuiciados por el primitivo Tribunal. Al Magistrado discrepante le corresponde y así lo hace, justificar su decisión, que podrá ser valorada por las partes. En definitiva, cabe colegir de la lectura del escrito formulando el incidente de nulidad, que el desarrollo argumental de las objeciones planteadas en el presente incidente de nulidad, son injustificados en cuanto a la denunciada falta de motivación,

*o en su caso irrazonabilidad y arbitrariedad de la misma, y que en otros extremos supone el volver a desarrollar los presupuestos fácticos y jurídicos que fundamentan la demanda de anulación. No se acredita la vulneración del derecho fundamental apuntado por la parte incidentante, sino que lo que evidencia es la discrepancia sobre el contenido de la resolución dictada, de modo que debe inadmitirse el incidente de nulidad, porque esta pretensión excede, como decíamos, del contenido posible del mismo, volviendo a plantear un reexamen de lo resuelto por la Sala en nuestra sentencia, articulando, en suma, un inexistente recurso extraprocesal».*

*«(...) Por lo que respecta a la petición de suspensión, que la parte incidentante solicitaba en su otro sí segundo, dada la conclusión desestimatoria del incidente que se alcanza en la presente resolución, así como por las razones que sobre esta petición, en otros momentos del procedimiento, ya ha expuesto la Sala, no ha lugar a su estimación».*

*«(...) De conformidad con lo que dispone el art. 241.2º, párrafo 2º, segundo inciso de la LOPJ, procede imponer a la parte promotora del Incidente de nulidad las costas causadas por el mismo».*

[Véase Francisco G. Prol Pérez, «El incidente de nulidad de actuaciones ¿Otra vía más para entrar a conocer del fondo?», supra]

## **PROCEDE CONFIRMAR LA COMPETENCIA ARBITRAL EN TANTO LA AP DE BIZKAIA DECLINÓ SU COMPETENCIA EN FAVOR DE LA CORTE Y ÉSTA NO HA PODIDO RESOLVER SOBRE LA CUESTIÓN CON ANTERIORIDAD AL PRESENTE PROCEDIMIENTO (STSJ PAÍS VASCO CP 1ª 28 SEPTIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Buena fe — Declinatoria — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 28 de septiembre de 2021 (ponente: Francisco de Borja Iriarte Ángel) declara no haber lugar a la demanda de anulación contra el Laudo arbitral parcial dictado el 26 de abril de 2021, en el expediente de Ref. 10203 administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Gipuzkoa, con imposición de costas a la parte actora. La presente decisión razona, siguiendo la Doctrina del Tribunal Constitucional de 2020, del siguiente modo:

*«(...) III.1 Antes de entrar a valorar la presente cuestión debemos recordar que la función del Tribunal respecto al laudo es "un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros" de forma que "...ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1º LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues "la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo" (STC 46/2020, de 15 de junio de 2020). De igual manera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha*

declarado que las "exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05). Lo que supone, que, con el objeto de respetar los fines propios del arbitraje las causales de anulación del laudo deban ser interpretadas de manera que verifiquen el cumplimiento de las garantías formales esenciales, de manera restrictiva (...).

III.2 En el presente caso nos encontramos que la Audiencia Provincial de Bizkaia confirmó, a instancias de la parte que hoy insta la anulación del laudo que la controversia iniciada por la demanda de 1 de junio de 2018 fuese resuelta por el Tribunal arbitral, de forma que se evitasen contradicciones entre las eventuales resoluciones judiciales y arbitrales; sin embargo, esto no pudo ser cumplido habida cuenta de que el laudo se dictó con anterioridad al fallo de la Audiencia Provincial que ponía fin a la declinatoria, de forma que el árbitro, como hemos dicho no estudió el asunto por encontrarse en aquel momento sub iudice; cuestión que en cierto modo dejaba sin objeto la declinatoria, pero que ninguna de las partes puso en conocimiento de la Audiencia Provincial, que, resolvió confirmando la estimación de la declinatoria. Los Tribunales decidieron — por los motivos reseñados y a instancia de la hoy actora— que la controversia que ante ellos se ventilaba relacionada con el contrato de prestación de servicios debía ser sometida a arbitraje y no al conocimiento judicial, otorgando de esa manera competencia al árbitro para conocer del procedimiento iniciado el 21 de octubre de 2020; por tanto es procedente la desestimación de la demanda de anulación interpuesta frente al laudo parcial de 26 de abril de 2021 que aquí se ventila. Como ya dijimos en nuestra sentencia de 25 de septiembre de 2012 la exigencia de la buena fe — art. 7 Cc—, de la que se deriva la necesidad de mantener los propios actos no puede permitir que las partes cambien constantemente sus pretensiones dependiendo de sus intereses puntuales, sino que es exigible un comportamiento consistente. En nuestro caso D. Romeo demandó a T.B., S. L. ante los Tribunales de Barakaldo y ésta, con posterioridad le demandó ante la Corte Arbitral, interponiendo a continuación declinatoria en aquéllos; es decir, que la hoy demandante instó la competencia arbitral en contra incluso de lo que establecía el contrato sobre el que versaba la contienda. Obtenida la estimación de su pretensión y habida cuenta de que el laudo de 26 de abril de 2021 no la había podido tener en cuenta *ratione temporis* procede confirmar la competencia arbitral en tanto la Audiencia Provincial de Bizkaia declinó su competencia en favor de la Corte y ésta no ha podido resolver sobre la cuestión con anterioridad al presente procedimiento. No puede acogerse la pretensión de la actora en tanto la jurisdicción de la Corte de Arbitraje para conocer de la controversia relativa al contrato de arrendamiento de servicios resulta de su acción directa que llevo a la finalización del procedimiento judicial iniciado en 2018 y al que ahora parece pretender volver».

**SI LA JUNTA ARBITRAL ENTENDIERA QUE DEBÍA DAR UN PLAZO A LA RECLAMANTE PARA PREPARARSE HABRÍA DEBIDO SUSPENDER LA VISTA, Y NO INADMITIRLA A TRÁMITE: DICHA INDEFENSIÓN ES CAUSA SUFICIENTE PARA LA NULIDAD DEL LAUDO (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 6 OCTUBRE 2021)**

Arbitraje — Acción de anulación — Indefensión — Notificaciones — Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 de octubre de 2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) declara nulo un laudo dictado el 14 abril 2021 por la Junta Arbitral de Transporte de Almería, razonando del siguiente modo:

*«(...) En primer lugar, la actora sostiene que el laudo es nulo pues no hubo sumisión alguna a arbitraje, por cuanto ninguna cláusula se incluyó en el contrato. Es probable que la actora ignorase la presunción iuris tantum de sumisión a arbitraje para las reclamaciones derivadas de un contrato de transporte terrestre que se establece en el art. 38.1º, párrafo tercero, de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre. Pero sobre la aplicación de esta normativa al transporte internacional no quedan dudas jurisprudenciales, haciendo suyos esta Sala los argumentos expuestos al respecto por la STSJ Madrid 21/2015, de 10 marzo. Una empresa que realiza contratos de transporte internacional es o debe ser consciente de la disparidad de normativas en los diferentes Estados donde pueda plantearse un conflicto y ha de tener capacidad para adaptarse a los diferentes entornos jurídicos en los que opera, y no es desde luego ajena a esa disparidad la existencia de medios alternativos de solución de conflictos o, como es el caso, la posibilidad de que se presuma una sumisión a un arbitraje institucional en caso de no excluirse por al menos una de las partes en el contrato. En consecuencia, ha de partirse de la competencia de la Junta Arbitral de Transportes para dirimir con efecto de cosa juzgada la cuestión, por presumir la existencia del convenio arbitral al no haber quedado excluida. A ello debe añadirse que la hoy demandante no formuló reparos en el propio procedimiento arbitral a la competencia de la Junta Arbitral para dirimir el conflicto, lo que también puede calificarse como una sumisión tácita que le vincula».*

*«(...) En segundo lugar, se insta la nulidad del procedimiento arbitral por haberse empleado en las notificaciones la lengua castellana, cuando la empresa es inglesa, lo que le habría producido indefensión. Al respecto ha de decirse que no hay reparos en que la lengua del procedimiento arbitral sea la del foro (art. 27 LA). El único límite es la indefensión, que podría producirse cuando no se diera oportunidad de expresarse en la suya propia, sin perjuicio de la debida traducción para la comprensión del español, o cuando expresamente se invoque por la parte una imposibilidad de comprensión de documentos o actuaciones esenciales solicitándose traducción, y no se haya facilitado dicha traducción. Pero nada de ello sucedió en el procedimiento analizado, pues la reclamada mantuvo comunicación fluida con la Secretaría de la Junta, recibió las aclaraciones que solicitó, y remitió documentación en lengua inglesa que fue incorporada al procedimiento, siendo inexacto, como se desprende de sus propios escritos, que no hubiese quedado informada del significado de las comunicaciones que recibió».*

*«(...) Tampoco es causa de nulidad que las notificaciones no se hubieran efectuado conforme al Convenio de La Haya o conforme al Convenio relativo a la Mutua Asistencia suscrito entre España y Gran Bretaña, pues ha quedado acreditado que la notificación fue eficaz y llegó a conocimiento*

*de la demandada, lo que ahuyenta todo atisbo de indefensión».*

*«(...) Por último invoca indefensión por la inadmisión a trámite sin entrar en el fondo de su pretensión relativa a una indemnización a cargo de la mercantil reclamante en el procedimiento arbitral, solicitada en su escrito remitido a la Junta Arbitral, subrayando en particular que habría debido ser suficientemente informada sobre la posibilidad/necesidad de formular en tiempo y forma reconvencción a fin de que su pretensión pudiera ser atendida. Tiene razón la demandante en este punto. Conforme a lo establecido en el art. 9.4º del Real Decreto 1211/1990, de 28 septiembre, se informó a la empresa reclamada (aquí demandante) en la notificación con citación para el acto de la vista que en ésta podría alegar lo que a su derecho conviniera y aportar o proponer las pruebas que estimara convenientes, sin especificarle un plazo para formular contestación de demanda o reconvencción. Dada la simplicidad del procedimiento arbitral ante las Juntas de Transporte, en el que no hay un trámite específico para la contestación de la demanda anterior a la vista, la anterior comunicación podía suscitar legítimamente en la reclamada la confianza de que en el acto de la vista pudiera esgrimir hechos relacionados con la reclamación, como sin duda lo es el invocado deterioro de la mercancía por cuyo porte se reclamaba el pago de la factura. La reclamada invocó tal hecho como justificación del impago de las facturas, y podría razonablemente confiar en que el acto de la vista tal cuestión sería analizada. Cierto que no compareció, ni personalmente ni a través de representante, pero envió escrito sin recibir con anticipación reparos sobre su admisibilidad. En esas condiciones, es claro que la inadmisión a trámite de su pretensión indemnizatoria relativa al exacto cumplimiento del transporte por el que se le formulaba reclamación, se puede calificar como inesperado. La fundamentación de dicha inadmisión a trámite sin entrar en el fondo invocando las normas LEC y el art. 29 LA (que no resultan aplicables, pues, insistimos, a la reclamada no se emplazó para formular contestación de demanda ni reconvencción, sino sólo para comparecer al acto de la vista donde podría efectuar las alegaciones y proponer las pruebas que tuviera por conveniente), causa, en el contexto indicado, indefensión a la mercantil reclamada. Si la Junta Arbitral entendiera que debía dar plazo a la reclamante para prepararse respecto de esa pretensión, habría debido suspender la vista, y no inadmitirla a trámite. Dicha indefensión es causa suficiente para la nulidad del laudo, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de que la Junta Arbitral señale nueva fecha para la vista, dando traslado a la allí reclamante de la documentación aportada por la reclamada, y acordando si fuera preciso exigirle traducción de la misma conforme a la lengua del procedimiento arbitral».*

[Véase Nuria Marchal Escalona, «Nulidad del laudo por indefensión tras una notificación deficiente», supra]

**NO ESTÁ PREVISTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN DEJAR SIN EFECTO UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA DEL ARBITRAJE LIBREMENTE CONSENTIDA POR LAS PARTES EN EL SUPUESTO DE QUE UNA DE ELLAS TENGA DERECHO A ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA (AAP JAÉN 1ª 7 OCTUBRE 2021)**

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Derecho a asistencia jurídica gratuita — Convenio arbitral:

El Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Primera, de 7 de octubre de 2021 (Ponente: Mónica Carvia Ponsaille) desestima una apelación contra la decisión de instancia que admitió una declinatoria arbitral. La Audiencia, tras realizar unas extensas consideraciones en torno al principio *kompetenz-kompetenz*, declara que:

*«(...) Esta Sala considera que el motivo primero del recurso de apelación debe ser desestimado. En primer lugar no hay prueba de que la cláusula de arbitraje no hubiera sido negociada. No se acredita que la cláusula fuera impuesta por los demandados a la actora. Tampoco se prueba que la actora tuviera que aceptar la cláusula sin posibilidad de modificarla o incluso suprimirla. En segundo lugar se considera que los términos de la cláusula son claros e inequívocos, contiene una sumisión expresa al arbitraje para la solución de cualquier conflicto derivado del cumplimiento del contrato. De la lectura de la cláusula resulta inequívoca la voluntad de sumisión a arbitraje. El Tribunal Constitucional en la sentencia de 2 de diciembre de 2010 reitera, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho y, en nuestro caso, dicha renuncia se deduce claramente de la firma del contrato sin objeciones a la citada cláusula de arbitraje. El art. 11 de Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje dispone que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. La firma por parte de la actora del contrato que incorpora una cláusula conteniendo el convenio arbitral (posibilidad admitida por el art. 9.1º LA determina la aplicación del citado art. 11 siendo que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1º Cc y STSJ Madrid de 18 de abril de 2016)».*

*«(...) Si la actora desconocía las consecuencias de la firma del contrato con la cláusula de sumisión al arbitraje estaríamos ante un supuesto de error inexcusable por cuanto la misma debió asesorarse contando con diversos medios para ello a su alcance: asesoramiento jurídico a través de un letrado (tal y como hizo, por cierto, ante la negativa de los vendedores de devolverle el dinero que reclama pues se alega en la demanda que ante dicho circunstancia tuvo que acudir al asesoramiento del letrado D. F.J.D.A.), asesoramiento genérico a través de internet o, simplemente, negándose a la inclusión de la cláusula en el contrato si realmente no la entendía (ni se alega ni se prueba que dicha cláusula fuera determinante para la firma del contrato de compraventa). No considera la Sala que el hecho de que una de las vendedoras fuera abogada y árbitro de la Corte Arbitral del Colegio de Abogados de Jaén sea siquiera un indicio para determinar la invalidez de la cláusula por cuanto la Ley de Arbitraje regula la abstención y recusación de los árbitros (arts. 17 y 18), no constando que a la fecha del contrato (13 de febrero*



de 2019) la citada abogada fuera árbitro y menos aún que lo fuera en la sección a la que correspondería el asunto objeto de autos».

«(...) El segundo motivo que se alega en el recurso de apelación consiste en infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE y la doctrina jurisprudencial, ya que se impide de facto a la demandante el acceso a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley (...). El motivo ha de ser desestimado pues no está previsto en nuestra legislación dejar sin efecto una cláusula de sumisión expresa del arbitraje libremente consentida por las partes en el supuesto de que una de ellas tenga derecho a asistencia jurídica gratuita. Por otro lado, el art. 24.1º LA dispone que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Si durante el proceso arbitral la apelante sufriera indefensión podrá, en su caso, interesar la nulidad del laudo pues el art. 41 de la citada Ley prevé como motivo para pedir la nulidad del laudo que no se haya podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos».

## NO SE APRECIA NI IRRACIONALIDAD NI QUIEBRA DE LA LÓGICA EN LA ARGUMENTACIÓN UTILIZADA SINO ÚNICAMENTE LA DISCREPANCIA DE LA PARTE CON LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA ARBITRAL POR CUESTIONES DE FONDO (STSJ CATALUÑA CP 1ª 14 OCTUBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Orden público — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 14 de octubre de 2021 (ponente: María Eugenia Alegret Burgues) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral el arbitraje administrado por el Tribunal Arbitral de Barcelona, con la siguiente argumentación, que toma de referente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en 2020 y 2021.

«(...) Análisis del único motivo de impugnación alegado: Orden público : Valoración de la prueba y motivación absurda e irracional del laudo. 1.- Aun sin concreción en los fundamentos de derecho de la demanda del apartado del art. 41.1º LA en el que se fundaría la reclamación de anulación, en el hecho segundo de la demanda se indica que el laudo sería contrario al orden público fol. 14. A partir de este folio hasta el folio 48 de la demanda, la actora se dedica a exponer cómo, a su entender, debieron ser valoradas las pruebas documentales, de libros de comercio y pericial por el árbitro y qué conclusiones debió alcanzar a partir de ellas. 2.- La demanda no puede prosperar. 3.- El fundamento de la pretensión de la parte actora es el concepto de orden público ampliado acuñado por el TSJ de Madrid cuyas tesis han sido refutadas recientemente por el Tribunal Constitucional en las Sentencias n.º. 46/2020, de 15 de junio; n.º. 17/2021, de 15 de febrero y n.º. 65/2017, de 15 de marzo. 4.- En su consecuencia, a los efectos previstos en el artº 41.1º.f) LA, ha de estimarse que contrario al orden público será aquel laudo que vulnere los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la CE, así como otros principios

esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente. 5.- Y desde el punto de vista procesal o formal constituye el orden público las garantías básicas de todo procedimiento, ejemplificando el TC en su sentencia n.º 17/2021 estos derechos en 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. 6.- En sentido negativo la causa de orden público no permite revisar los hechos ni, en consecuencia, la valoración de la prueba realizada por los árbitros. La valoración de la prueba incluye la selección de las pruebas que se estimen más convincentes para los árbitros y la credibilidad de las mismas sin que sea preciso que el árbitro exprese cómo se han valorado ni especifique, en concreto, los elementos probatorios que ha considerado. 7.- Tampoco bajo la cláusula de orden público es posible revisar la motivación del laudo —salvo arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente— teniendo en cuenta que la motivación no exige que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones sean correctas, según el criterio de la parte no favorecida o incluso del tribunal que deba resolver su impugnación. 8.- En definitiva, en palabras del TC (STC n.º. 17 y n.º. 65 de 2021) el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función y que no cabe anular un laudo por vulneración del orden público por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes. 9.- Parece claro, pues, que quedan fuera de este concepto la posible injusticia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión».

«(...). Aplicación de la doctrina anterior al caso. Desestimación de la demanda. 1.- Pues bien, basta leer el laudo para comprobar que no se dan los elementos de arbitrariedad o irracionalidad en ninguno de los argumentos expuestos por del árbitro para estimar parcialmente la demanda arbitral interpuesta por G.V. BCN SL contra C.A.A., SL y rechazar la reconvencción por la que la hoy actora pretendía la declaración de simulación del contrato celebrado. 2.- En efecto, el árbitro llega a la conclusión de que la parte demandada no había acreditado la simulación del contrato de traspaso de tres residencias geriátricas y que, en consecuencia, debía abonar el precio acordado en dicho contrato. 3.- La demanda reconvenccional se desestima por falta de pruebas convincentes y nada de lo extensamente expuesto en la demanda de anulación denota irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad en la argumentación del árbitro (...). 4.- En suma, el árbitro entiende que conforme a las reglas de la carga de la prueba la falta de acreditación suficiente acerca de la simulación debía perjudicar a la parte instada-actora reconvenccional por lo que su reclamación no podía ser estimada y sí la demanda principal que petitionaba el pago del precio impagado de la transmisión. 5.- No se aprecia ni irracionalidad ni quiebra de la lógica en la argumentación utilizada sino únicamente la discrepancia de la parte con la resolución de la controversia arbitral por cuestiones de fondo, lo que no corresponde a este tribunal examinar por no tratarse de una segunda instancia».

## SE ANULA EL LAUDO PUES LAS DECISIONES ADOPTADAS POR EL ARBITRO RESPECTO DE CADA UNA DE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A ARBITRAJE CARECEN DE LA MÍNIMA MOTIVACIÓN QUE PERMITAN CONOCER LAS RAZONES Y EL FUNDAMENTO DE LAS MISMAS (STSJ ASTURIAS CP 1ª 21 OCTUBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje de equidad — Acción de anulación — Ausencia de motivación — Orden público — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 de octubre de 2021 (ponente: José Ignacio Pérez Villamil) estima una la demanda de nulidad contra un laudo arbitral, con la siguiente argumentación:

*«(...) resulta evidente, que las "decisiones" adoptadas por el árbitro respecto de cada una de las cuestiones sometidas a arbitraje, carecen de la mínima motivación que permitan conocer las razones y el fundamento de las mismas, así como si son conformes, o no, con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso sometido por las partes, entre los cuales se encuentra el "principio de equivalencia de prestaciones» y la proscripción del «enriquecimiento sin causa o injusto". En definitiva, la total ausencia de motivación de las particulares decisiones no permiten discernir si aquellas responden a criterios lógicos, acordes con las máximas de experiencia, o, por el contrario, el árbitro ejerció un puro decisionismo próximo a la arbitrariedad. En consecuencia se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con verdadera indefensión de la parte demandante, lo que conduce a la estimación de la demanda, con fundamento en la causa de nulidad f) del art. 41 LA, al resultar el Laudo impugnado contrario al orden público».*

## EL LAUDO IMPUGNADO VULNERA EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA (ART. 9.3º CE) POR CONTRAVENIR FRONTALMENTE EL ART. 12.1º LA, AL DICTARSE Y FIRMARSE POR DOS ÁRBITROS (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 25 OCTUBRE 2021)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Principios rectores — Acción de anulación — Tribunal arbitral — Imparidad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 25 de octubre de 2021, n.º 22/2021 (ponente: Antonio Alfonso Moreno Marín) declara la nulidad de un laudo arbitral dictado por un número par de árbitros en el seno de la Junta Arbitral de Transportes de Málaga. De acuerdo con esta decisión:

*«(...) Con carácter general cabe señalar 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. Así pues la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala*

de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan —como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de junio del 2009— que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990). No perdiendo de vista lo anterior, el art. 12 LA dispone que "Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro". Desde este momento debemos adelantar la procedencia de declarar la nulidad de un Laudo dictado por un colegio arbitral integrado por un número par de árbitros. Así se recoge en numerosas Sentencias dictadas por los TSJ, y por todas la Sentencia 4/2015, de 13 de enero (FJ 3 in fine): «no cabe un colegio arbitral que actúe y eventualmente resuelva con un número par de miembros». Y es que la previsión legal de que el número de árbitros haya de ser impar, según criterio prácticamente unánime de jurisprudencia y doctrina, constituye un mandato legal de orden público, que, por consiguiente —pese a lo que en ocasiones aún se pretende—, no puede ser dispensado ni por la voluntad de quienes pactan el arbitraje, ni mucho menos por quien ostenta la potestad reglamentaria pero la ejerce contra legem. Cumple recordar, en este sentido, cómo la posibilidad de un colegio integrado por un número par de árbitros se prohibió radicalmente desde la LEC de 1881, habiéndose mantenido dicha prohibición en nuestra LEC y en las Leyes de Arbitraje de 1953, 1988 y 2003, sin excepciones, hasta nuestros días. Sobre el particular, es muy significativa la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 1982, dada la sustancial identidad de la legislación interpretada y aplicada por esa sentencia con la hoy vigente. Decía entonces el TS, plenamente aplicable a la legislación actual, que dado que el art. 21 LA de 1953 determina imperativamente que "los árbitros serán siempre en nºs 1, 3 o 5 'y que el auto de 17 de julio de 1979, que formalizó judicialmente el compromiso, precisó que los árbitros de equidad «actuarán colegiadamente en número de 3', no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que, aun cuando de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29, baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que, cuando, como sucede en el presente supuesto, la renuncia anticipada de uno de

los miembros reduce a solo dos el órgano colegiado no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral, habiendo de entenderse, por ello, transcurrido el plazo, sin que durante el mismo haya recaído un auténtico laudo arbitral de equidad y procediendo, por tanto, la estimación del recurso interpuesto". Es totalmente coherente con este planteamiento de la ley y de la jurisprudencia la conclusión de que la cláusula arbitral contraria al número impar de árbitros, en cuanto imperativo legal, es nula, como también lo son los laudos dictados al amparo de tales cláusulas. Cierto es que el Laudo cuya nulidad ahora se solicita es dictado por la Junta Arbitral de Transporte de Málaga de conformidad con lo establecido en el art. 38 LOTT, que habilita al titular de la potestad reglamentaria a regular un procedimiento arbitral "caracterizado por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales". Y de acuerdo con una posibilidad reglamentariamente prevista, como es lo estipulado en el Reglamento de aplicación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (ROTT), en cuyo art. 9 ROTT, aprobado por RD 1211/1990, establece, en lo que concierne al presente caso, que "7. El laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente. La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo". Sin embargo, esta disposición reglamentaria se haya en abierta contradicción con el art. 12.1º de la vigente Ley de Arbitraje, por lo que la observancia de la citada norma reglamentaria entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3º CE, debiendo este Tribunal anular el Laudo, ante todo y, sobre todo, por infracción del orden público ex art. 41.1º CE. En conclusión, el Laudo impugnado se ha dictado en aplicación de una norma reglamentaria que, en su tenor literal, entraña una vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 9.3º CE) al contravenir frontalmente y sin habilitación legal el art. 12.1º de la vigente Ley de Arbitraje, al dictarse dicho Laudo, y así firmarse, por dos árbitros: El presidente D. Salvador Blanco y la Vocal D.ª Susana Rojas. Ha de tenerse en cuenta que, como consta en el acta de la vista, no es que el laudo haya sido firmado por dos de los tres árbitros, sino que la vista se celebró pese a la no comparecencia de uno de los designados, lo que equivale a un arbitraje con designación par de árbitros».

## CUANDO UN PARTE SE SUBROGA EN UN CONTRATO NO ES NECESARIO QUE EXPRESAMENTE DECLARE QUE SE ADHIERE TAMBIÉN AL CONVENIO ARBITRAL INSERTO EN DICHO CONTRATO (STSJ MADRID CP 1ª 26 OCTUBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación arbitraje — Doctrina del Tribunal Constitucional — Arbitraje societario — Convenio arbitral: extensión de la cláusula a terceros — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 26 de octubre de 2021 (ponente David Suárez Leoz) desestima dos demandas de de anulación contra el Laudo Arbitral de 24 de febrero de 2020, dictado en el seno de la Corte de Arbitraje de Madrid, con las siguientes consideraciones donde se incluyen expresas referencia a la Doctrina del Tribunal Constitucional de los años 2000 y 2001 en materia de anulación de laudos arbitrales:

«(...) Basta la lectura del laudo para tener una cabal comprensión de las razones por las que el Tribunal 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; la interpretación que el Tribunal Arbitral hace de los contratos no puede ser revisada en sede de anulación, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, resulta meridianamente claro que la interpretación jurídica de todo el fondo del asunto que nos ocupa fue correctamente analizada por el Colegio Arbitral, llegando incluso uno de los miembros del Tribunal a exponer, en un voto particular, porque no estaba de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal, el cual, en este caso, ha desarrollado en su Laudo una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos debatidos por las partes. 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». 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 reiteradamente hemos señalado, 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 entrar a valorar la decisión sobre una cuestión de fondo — la intervención en el proceso arbitral de las ahora demandantes — adoptada por el Tribunal arbitral, en este caso en virtud de la razonable y razonada interpretación del Acuerdo de Reestructuración y del Contrato de Accionistas, abriéndole a E. la posibilidad de pedir la sucesión procesal o su participación como codemandada en el proceso arbitral, y que por su omisión voluntaria permitió que su causante, G./P., continuara siendo parte demandada. Dicho criterio viene avalado por la citada STC de fecha 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)". Resulta por todo ello, procedente rechazar los motivos de anulación planteados».*

## **LA SUMISIÓN A ARBITRAJE DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA NO PUEDE APRECIARSE DE OFICIO, SINO A INSTANCIA DE LA PARTE DEMANDADA MEDIANTE LA FORMULACIÓN DE DECLINATORIA, EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO, Y NO COMO EXCEPCIÓN EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN (SAP BILBAO 3ª 28 OCTUBRE 2021)**

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Declinatoria arbitral — Desestimación de la declinatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, de 28 de octubre de 2021 (ponente: Ángel Manuel Merchán Marcos) inserta el siguiente *obiter dictum*:

*«(...) Solicita el recurrente la nulidad de la resolución recurrida por carecer el Juzgado que la dictó de competencia objetiva al existir una cláusula de sumisión expresa a arbitraje y porque, en todo caso, estaríamos ante una cuestión competencia de los Juzgados mercantiles. Explica que alegó en forma esta situación y que el Juzgado no la tramitó. Respecto de la cuestión relativa a la posible falta de jurisdicción por estar la cuestión sometida a arbitraje la pretensión se ha de desestimar, pues resulta que la sumisión a arbitraje de la cuestión litigiosa no puede apreciarse de oficio, sino a instancia de la parte demandada mediante la formulación de declinatoria, en el momento procesal oportuno, y no como excepción en el escrito de contestación. Y es que sólo el art. 39 LEC se refiere a este tipo de asuntos al disponer que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia. En el mismo sentido el art. 11 LA señala expresamente 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. Así las cosas, el art. 64 LEC dispone que 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».*

## **NO PROCEDE LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS PUES EN EL CONTRATO SE HALLA AUSENTE UNA VERDADERA VOLUNTAD DE SOMETER LA DISCREPANCIA QUE ENFRENTA A LAS PARTES A UN PROCESO ARBITRAL (STSJ CATALUÑA CP 1ª 3 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje: naturaleza de la institución arbitral — Árbitros — Arbitrador: noción — Convenio arbitral — verificación de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje Convenio europeo de Derechos humanos — Formalización judicial mediación — Designación judicial de árbitros: improcedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 de noviembre de 2021 (ponente: Fernando Lacaba Sánchez) desestima una demanda que solicitaba la designación de árbitro, con imposición de costas a la parte demandante. De acuerdo con la presente decisión:

*«(...) Naturaleza y finalidad de la institución arbitral.- Necesidad de Convenio Arbitral.- 1.- Hay que comenzar recordando, como ya hicieran las sentencias de este Tribunal n.º. 27/2012, de 2 de abril, n.º 33/2013, de 29 de abril, n.º 74/2013, de 30 de diciembre, n.º 53/2014, de 24 de julio, n.º 61/2015, de 27 de julio y n.º 23/24 de marzo de 2021, entre otras, que el arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquél, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo. 2.- El principio de voluntariedad es pues básico, de manera que una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo que se dicte es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro. 3.- La necesidad de la existencia de una cláusula arbitral, como elemento necesario para la existencia de convenio arbitral, viene prevista en el art. 9 L.A. cuando dice: "1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...). (...) 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (...)". 4.- Constatada por tanto la necesaria aplicación del art. 9 LA, la definición de lo que debe entenderse por convenio arbitral se encuentra, —aparentemente escondida—, en su primer párrafo: un contrato procesal en virtud del cual las partes que lo suscriben, —personas físicas o jurídicas—, acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, entendiéndose por contrato procesal aquél que tiene su base en la autonomía de la voluntad, produce efectos procesales y sus requisitos de constitución, eficacia y nulidad se rigen por normas procesales (LA) antes que por normas de derecho material (Código civil). Al respecto, la STS 20 de noviembre de 2008 tiene señalado: "(...) La STS 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los arts. 1 y 5 LA/1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras*



*jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo de 2002, 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003) (...)).*

*«(...) Inexistencia de cláusula arbitral. - 1.- La expresión convenio arbitral engloba tanto a la cláusula arbitral, —convenio arbitral inserto en un contrato principal—, como al acuerdo arbitral, —convenio arbitral adoptado al margen del citado contrato principal—. Acuerdo, éste último, que podrá adoptarse incluso cuando ya haya sido iniciada la vía judicial. 2.- La lectura del documento aportado con la demanda bajo el título "Acuerdo Parcial de Mediación II Reconocimiento de Deuda", firmado por D. Pedro Enrique, pero no por parte de D. Juan Enrique, contiene un único acuerdo redactado de la siguiente forma: "Reconocimiento por parte de Pedro Enrique de una deuda de 159.632 euros aproximadamente (ciento cincuenta y nueve mil seiscientos treinta y dos) y una cuenta de participación de 100.000 euros en un proyecto en St. Thomas, a favor de Juan Enrique. La primera cantidad está Pendiente (sic) de confirmarse en el detalle, mediante Auditoria arbitrada por Mario y Eva y Mediadores». En el reverso del documento aparecen las firmas de D. Pedro Enrique y de cuatro personas más: D.ª. Eloisa y D.ª. Esmeralda, como "Mediadoras", y de D.ª. Eva y D. Mario, como "Testigos". 3.- Tal y como sostiene el demandado, es evidente la inexistencia de convenio arbitral ni de cláusula arbitral. Cualquier regla hermenéutica lleva a dicha conclusión. Dicho de otro modo, en el contrato mencionado se halla ausente una verdadera voluntad —concurso de voluntades o consentimiento mutuo— de someter la discrepancia que enfrenta a las partes a un proceso arbitral. 4.- La STEDH en el asunto Suda c. République Tchèque, de 28 de octubre de 2010, n.º 1643/06, pone de manifiesto que la voluntad de sometimiento a un proceso arbitral debe ser inequívoca, cuando dice: "48. El Tribunal recuerda que el derecho al acceso a un tribunal —garantía que deriva del art. 6 § 1 de la Convención— no implica, en materia civil, la obligación de someterse a una jurisdicción de tipo clásico, integrada en las estructuras judiciales ordinarias de un país... El art. 6 no se opone a la creación de tribunales arbitrales con el fin de juzgar ciertas diferencias de naturaleza patrimonial que enfrente a particulares. Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca...(...)". En idéntico sentido se pronuncia la STS 27/06/2017 (con cita de otras sentencias anteriores del mismo TS), cuando dice: "(...) la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (...)).» 5.- De lo hasta aquí dicho puede concluirse que lo decisivo para apreciar el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje es la efectiva constatación de una voluntad inequívoca al respecto. 6.- Lo anterior debe tenerse obligatoriamente en cuenta a la hora de interpretar la validez del convenio arbitral a la luz del art. 9 LA. En efecto, por más que la LA se haya esforzado en rebajar los requisitos formales del convenio arbitral para considerarlo formalmente válido, la voluntad inequívoca de sometimiento a arbitraje debe, siempre y en todo caso, constatarse. La interpretación del art. 9 LA a la luz del art. 6 CEDH así lo exige. 7.- La voluntad puede deducirse tanto de las circunstancias como de los actos o actuaciones de las partes y, en el caso analizado, resulta palmaria la inexistencia de tal voluntad, cuando el ahora postulante de nombramiento de*

árbitro contestó la demanda de su hermano D. Pedro Enrique y formuló reconvenición contra el mismo con peticiones idénticas a las pretendidas en un proceso arbitral, todo ello en el JO 932/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 30 de Barcelona, que culminó con Sentencia de 28 de junio de 2019 en la que, estimando parcialmente la demanda de D. Juan Enrique (aquí demandante de arbitraje), declaró la validez y eficacia del acuerdo alcanzado entre las partes en el documento de 27 de octubre de 2016 (posterior al aportado con la demanda rectora de 3 noviembre 2016). 8.- No existe, en consecuencia, ni convenio ni cláusula arbitral».

«(...) De la figura del arbitrador. - 1.- El contenido del documento de 3 de noviembre de 2016 (sin firma del ahora demandante D. Juan Enrique) contiene el sometimiento de la discrepancia que enfrenta a las partes a una "auditoría arbitrada", lo que supone, en definitiva, designar un "arbitrador", esto es, a una persona a la que las partes encomiendan la determinación del precio o de otro de los elementos del contrato previamente concertado, que en el caso analizado consistía en la cuantificación exacta de una deuda entre hermanos. 2.- El arbitrador puede ser definido como un tercero que es designado por las partes de un negocio jurídico para que adopte una decisión sobre su formación o ejecución, a la cual se remiten. Tanto si no existe conflicto alguno como si se encuentran las partes del negocio en conflicto actual o latente, el arbitrador no tiene como misión otorgar una respuesta definitiva e irrevocable a un conflicto, con fuerza de cosa juzgada, puesto que su campo de actuación es puramente negocial y su decisión es susceptible de ser discutida ante los tribunales, al igual que puede serlo cualquier otro de los elementos que conforman la relación jurídica en caso de controversia —si cualquiera de las partes desea suscitarla—. 3.- Como señalaba la antigua STS de 29 de marzo de 1969, "el arbitrio de tercero no es un arbitraje impropio o informal pues no excluye el posterior proceso contradictorio". En palabras de la STS de 21 de febrero de 1977, el art. 1447 Cc: "(...) no establece arbitraje alguno en el sentido procesal propio de esta institución, es decir, en el sentido de impedir a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto, cuando se ha dejado al arbitrio de parte determinada (...)». 4.- En definitiva, bajo el tenor de lo dispuesto en el art. 1256 Cc, del hecho de existir en el documento ahora cuestionado una fórmula de resolución de discrepancias económicas entre los hermanos litigantes, no supone extraer el conflicto de la resolución judicial, pues el establecimiento de un arbitrador al amparo del art. 1255 del meritado Código Civil carece de fuerza para impedir el acudir a la vía judicial para su impugnación. 5.- Afirma la STS n.º 649/1985, de 8 de noviembre, que arbitrador es "quien sin resolver la controversia, en sentido técnico, completa o integra una relación necesitada de aquel complemento" (en el mismo sentido, STS n.º 812/1987, de 11 de diciembre). Así lo reiteran las SSTs n.º. 158/1986, de 10 de marzo y n.º. 566/1988, de 7 de julio: "la decisión [del arbitrador] no sería, en ningún caso, equiparable a una resolución judicial, sino impugnable por la vía de un proceso ordinario". Los arbitradores "intervienen, no para dirimir o resolver conflictos sobre una relación jurídica ya existente, sino para integrarla o completarla", asevera la STS n.º 904/1988, de 28 de noviembre. "Solventan un extremo no jurídico de una relación jurídica", dice la STS 112/2000, de 29 de noviembre. Finalmente, la STS 765/2010, de 30 de noviembre, señala que, "la doctrina científica ha distinguido las figuras del 'arbitrador' y del 'arbitro', porque este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el 'arbitrador', desempeña una función por encargo de las partes". 6.- Con la expresión

"auditoria arbitrada" las partes decidieron acudir a dos arbitradores para que tomaran la decisión que integraba la cantidad exacta de unas deudas existentes entre los litigantes, eligiendo personas de su entera confianza, y todo ello en presencia de dos testigos hermanos de los litigantes, concretamente D.<sup>a</sup> Eva y D. Mario. 7.- Se desestima la demanda».

## SE DENIEGA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN PUES LO QUE LA PARTE APELANTE DENOMINA LAUDO ARBITRAL NO ES SINO LA RESPUESTA QUE EL ÁRBITRO REMITIÓ A LAS PARTES ANTE EL PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO (AAP OURENSE 1ª 3 NOVIEMBRE 2021)

Arbitraje — Laudo Arbitral — Despacho de ejecución — Improcedencia de alegar la nulidad del laudo jurisprudencia laudo arbitral — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera, de 3 de noviembre de 2021 (ponente: Ricardo Pailos Nuñez) confirma la decisión de instancia que denegó el despacho de ejecución solicitado por no contener el laudo arbitral aportado como título ejecutivo pronunciamiento de condena. Declara la Audiencia que:

«(...) De acuerdo con el art. 517 LEC constituyen título ejecutivo los laudos arbitrales. Conforme a la ley de arbitraje, el laudo que ponga fin a la controversia (art. 37) deberá constar por escrito, ser firmado por el árbitro, habrá de ser motivado y pronunciarse sobre todas las cuestiones que el precepto menciona. Asimismo, como no podía ser de otro modo, su dictado ha de producirse después de haberse tramitado el procedimiento arbitral pactado por las partes y, en su defecto, el que la ley regula, que consta de requerimiento, demanda, contestación y posible período de audiencia y práctica de actividad probatoria (...) Aplicando estas consideraciones al caso que nos ocupa, el recurso ha de ser desestimado. Lo que la parte apelante denomina laudo arbitral no es sino la respuesta que don Salvador remitió a las partes ante el planteamiento del conflicto. En dicha comunicación el árbitro advierte que ninguna prueba se le ha aportado sobre la realidad de los hechos comunicados por las partes para, a continuación, expresar una simple "opinión" y, "en caso de disconformidad" emplaza a los implicados a "ejercitar las acciones que estimen pertinentes". Por tanto, el recurso ha de ser desestimado, pues el documento presentado por la parte ejecutante no tiene la condición de laudo arbitral».

## ESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL, PESE AL CARÁCTER PREDISPUERTO Y A LAS IMPRECISIONES DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE (AAP MADRID 14ª 4 NOVIEMBRE 2021)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral — Cláusula patológica — Cláusula predispuerta — Estimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 4 de noviembre de 2021 (ponente: Paloma Marta García de Ceca Benito) confirma la decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral, con el siguiente razonamiento:

«(...) Frente al expresado pronunciamiento interpone recurso de apelación M.D., S.A., alegando que la redacción de la cláusula arbitral incluida en el contrato litigioso es confusa, imprecisa y contradictoria. La doctrina de las Audiencias Provinciales declara ineficaces tales cláusulas en supuestos de redacción confusa y contradictoria. En especial los dos últimos párrafos de la cláusula hacen inviable cualquier voluntad de sumisión a arbitraje. En tal sentido, la demandada no ha designado cuál es la Corte que habría sido fijada por las partes, ni la identidad de los árbitros o la forma de designarlos. Tampoco explica a qué se refiere el segundo párrafo de la cláusula cuando se remite a "la jurisdicción de los juzgados y tribunales de Madrid», ni cuál es el «reglamento de procedimiento" la "Corte" a que alude el párrafo tercero. El auto apelado indica que la LA/2003, no impone forma especial a la cláusula de sumisión a arbitraje, más allá de expresar la voluntad de sumisión a arbitraje enunciada en el párrafo primero, y se desentiende de lo recogido en los dos párrafos siguientes, para declarar, sin fundamento, la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje en cuestiones como el nombramiento de árbitros. Sin embargo, no cabe la aplicación de esa Ley para resolver, o suplir, cuestiones imprecisas o contradictorias contenidas en la cláusula arbitral. O para suplir la remisión, no identificada, al reglamento de procedimiento de la Corte. A falta de cláusula válida y eficaz, la única forma de ejercitar los derechos derivados del contrato litigioso es plantear la cuestión ante los tribunales. Razona el auto apelado que la cláusula arbitral controvertida no está comprendida en un contrato de adhesión, sino que está incluida en un contrato redactado en papel con membrete de la demandante. De modo que la nulidad no puede ser instada por quien aparentemente la ocasiona. La doctrina de las Audiencias Provinciales invocada en la primera instancia no sólo se refiere a contratos de adhesión, sino igualmente a un contrato de franquicia, y se fundamenta en la redacción confusa que impide constatar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Es erróneo pretender imputar aparentemente a la actora la redacción desafortunada de la cláusula arbitral, y no a las dos partes por igual, al margen de que se utilizara papel con membrete de la actora. Todas las hojas del contrato están firmadas por la demandada en señal de aceptación. Y no por ello puede deducirse la ausencia de negociación del contrato, o de la cláusula, para lo que no existe ningún elemento de prueba. Salvo prueba en contrario, debe presumirse la buena fe de las dos mercantiles contratantes».

«(...) Resolución. Frente a lo pretendido en el recurso, no cabe apreciar, ni declarar, la nulidad de la cláusula de arbitraje incluida en el contrato celebrado entre las partes, según clausulado suscrito por la demandante el 5 de junio de 2018, y aceptado por la demandada el 26 de junio siguiente. Como norma general, la totalidad de los pactos contractuales son válidos y vinculantes desde el mismo momento de su celebración, ex art. 1258 Cc, por lo que la premisa de que se parte es la de eficacia de la cláusula de arbitraje ahora controvertida. Para valorar la cuestión planteada debe recordarse lo dispuesto en el art. 1.2º LA//2003, a cuyo tenor: "Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato". El auto apelado no declara, ni excluye, que el contrato litigioso constituya un contrato de adhesión, limitándose a reproducir, en el párrafo segundo de su tercer fundamento de derecho, la alegación formulada al respecto por M.. Aunque sí declara expresamente "sin que conste negociación alguna de la cláusula arbitral".

Abordando ahora dicha cuestión, sí se aprecia que el contrato fue concertado como contrato de adhesión, redactado unilateralmente por la parte actora y recogido en papel encabezado con membrete de la compañía. Así resulta además del propio relato de la demanda, cuando se describe que la parte actora confeccionó la oferta o contrato que se adjunta, como oferta de prestación de servicios de fecha 5 de junio de 2018, la cual envió a la demandada, Vector, entidad ésta que aceptó después la oferta mediante un pedido de compra fechado el 26 de junio de 2018. El contrato así celebrado se ajusta a lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, cuando dispone que "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Sin que, a tenor del apartado segundo, la negociación individual de alguna cláusula excluya la aplicación de la Ley al resto del contrato. Entre las reglas de interpretación aplicables a los contratos de adhesión, establece el art. 6.2 que "Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente". Igual conclusión se alcanzaría caso de aplicar la norma general del art. 1288 Cc., a cuyo tenor "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad". La cláusula contractual incluida en el contrato confeccionado por M., no presenta posibles dudas interpretativas, en cuanto sus términos literales se someten, con absoluta claridad, al arbitraje, y con renuncia al "fuero judicial", expresando indubitadamente la voluntad de las partes en la forma que exige el art. 9.1º LA/2003. En tal sentido, establece su párrafo primero que: "Es voluntad de las partes renunciar expresamente al fuero judicial que pudiera corresponderles y someter a arbitraje todas las cuestiones litigiosas, procedimientos o acciones legales que pudieran surgir entre ellas con relación a este contrato". Establecido lo anterior, sí es cierto que la redacción de los párrafos segundo y tercero de la cláusula adolecen de oscuridad, cuando declaran que: "La resolución de controversias se someterá a arbitraje en la jurisdicción de los juzgados y tribunales de Madrid. Las partes se someten expresamente al reglamento de procedimiento de dicha Corte y hace constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte "Sin perjuicio de que, como queda dicho, la oscuridad en la redacción de los pactos no puede favorecer a quien confecciona el contrato, debe indicarse que el párrafo tercero resultaría incompatible con la atribución de competencia a los tribunales de la jurisdicción civil, pues carecería de sentido la sumisión expresa al "reglamento de procedimiento", entendiéndose por tal las leyes procesales civiles, o el compromiso de cumplir el "laudo arbitral", que supondría una alusión a la sentencia definitiva. En cuanto al párrafo segundo, ciertamente es contradictoria la mención, en una misma frase, al "arbitraje" de los "juzgados y tribunales de Madrid". Si bien la contradicción de términos ha de interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 1285 Cc.: "Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas". En consecuencia, el citado párrafo segundo dentro del contexto de la cláusula de sumisión a arbitraje y renuncia a la jurisdicción, debe interpretarse como indicación de que la sede del arbitraje ha de serlo Madrid. Es cierto, como se apunta en el recurso, que la cláusula analizada adolece de omisiones. Sin embargo, como se razona en el auto apelado, todas ellas pueden ser suplidas mediante las previsiones de la Ley 60/2003, incluido el nombramiento de árbitros. La doctrina

*jurisprudencial invocada por la parte apelante no contradice las conclusiones alcanzadas. Destaca la apelante el auto dictado por la Audiencia Provincial de Tarragona de 25 de enero de 2017, que sin embargo no se estima de aplicación al supuesto enjuiciado, toda vez que la cláusula allí enjuiciada, a diferencia de la que ahora se examina, adolecía de falta de claridad en el propio pacto de sumisión, pues declaraba «la cuestión se determinara por arbitraje de derecho ante la jurisdicción de los Juzgado y Tribunales de Murcia». Frente a esa notable falta de claridad, al declarar que la cuestión se determinará ante los Juzgados y Tribunales, el párrafo primero de la cláusula ahora examinada impone, sin posible duda, la sumisión a arbitraje de las posibles controversias, así como la explícita renuncia al fuero judicial».*

## **NO PROCEDE ANULAR EL LAUDO PUES AÚN EN EL CASO DE QUE NOS HALLÁRAMOS ANTE UN CONTRATO DE ADHESIÓN, QUE NO RESULTA PROBADO EN EL PRESENTE CASO, NO IMPLICA POR SÍ SÓLO SU CARÁCTER ABUSIVO (STSJ MADRID CP 1ª 10 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Convenio arbitral — Cláusula predispuesta jurisprudencia — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 10 de noviembre de 2021 n.º 68/2021 (ponente: David Suárez Leoz) desestima una acción de anulación contra un Laudo dictado por el árbitro Don Javier Melgar Sánchez, perteneciente a la Asociación del Tribunal de Conciliación y Arbitraje de Madrid, el 23 de octubre de 2020. De acuerdo con esta decisión:

*«(...) Con carácter general, cabe señalar que, como recoge el Preámbulo de la Ley de Arbitraje, "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros", y así, el art. 41.1º LA señala que sólo podrá ser anulado el laudo cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe la concurrencia de las circunstancias tasadas que el precepto enumera: "a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley. e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. f) Que el laudo es contrario al orden público". Como tiene declarado esta Sala entre otras en nuestra sentencia de fecha 16 de enero de 2019, con cita de nuestras sentencias de fechas 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 que: "...". Igualmente, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero de 2021 concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje y a 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...". Si atendemos a la alegada ausencia de convenio arbitral válido, tenemos que señalar que ya en fecha 24 de mayo de 2019 se dictó un*

*laudo arbitral que resolvía la demanda de desahucio, de la que trae causa el procedimiento arbitral que ahora nos ocupa, aquel que por falta de pago había presentado la parte ahora demandada, y en el que en ningún momento el ahora demandante instó su nulidad por ser el convenio arbitral inexistente. Por otra parte, afirma el demandante que intervino en intervienen el Arbitraje en distinto nivel que el demandante en el procedimiento arbitral y ahora parte demandada, que no hubo igualdad en las armas de defensa y argumentación a emplear, y que nos hallaríamos ante un contrato de adhesión. Sin embargo, aún en el caso de que nos halláramos ante un contrato de adhesión — que no resulta probado en el presente caso — no implica, por sí sólo, su carácter abusivo. Sólo si una de las partes tuviera la cualidad de consumidor y la otra fuera un profesional, sería abusiva la cláusula arbitral, por ministerio de la Ley — dado el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos a los consumidores, pero en el caso que nos ocupa tanto el arrendador, demandante arbitral, como el demandado en ese procedimiento, arrendatario, eran particulares, que firmaron de forma voluntaria el pacto de sometimiento a arbitraje de las cuestiones litigiosas que pudieran surgir del contrato de arrendamiento firmado; la cláusula de sumisión está respaldada por la firma de los contratantes, y la circunstancia de que a través de la cláusula arbitral se impida acudir a la jurisdicción ordinaria o a otra institución arbitral no genera, por sí solo, ventaja alguna para una de las partes en detrimento de la otra, pues cualquiera de ellas podía acudir a la institución arbitral. La imposición de los costes del procedimiento arbitral a la parte que incumpliera el contrato tampoco produce desequilibrio alguno, pues podría sufrir esa consecuencia cualquiera de los contratantes, dependiendo del cumplimiento de sus obligaciones. Y el importe de las costas a quien incumplió sus obligaciones contractuales tampoco evidencia desequilibrio ni abuso. En segundo lugar, se alega que el laudo es contrario al orden público, lo que fundamenta la parte actora en que el laudo contiene una decisión de condena al pago de una cantidad, parcial con respecto a lo solicitado por la parte ahora demandada, en virtud de un informe pericial cuya valoración impugna en este momento, ya que, afirma, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos, al no ser esta Sala una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia, y fijado el alcance jurisprudencial del concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues lo que pretende la actora es que esta Sala revise el laudo dictado en cuanto a su motivación, como si esta Sala fuera una verdadera segunda instancia. No corresponde a la Sala entrar a examinarla corrección jurídica de la decisión adoptada por el árbitro, sino solo comprobar 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. Ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva alegada por la actora podemos apreciar en el caso que nos ocupa, con base en la motivación de la decisión ahora recurrida. La STC 46/2020, de 15 de junio, nos advierte de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional, "de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. No huelga*

*recordar ahora que, recientemente, este Tribunal ha declarado en su STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3, que "...". Decaen, pues, los motivos de anulación esgrimidos al amparo del art. 41.1º.a) b) y f) LA; la Sala entiende que el convenio arbitral es válido, pues ha respondido a una verdadera e inequívoca voluntad de las partes de someter la solución de las cuestiones litigiosas a la decisión de árbitro, ha existido igualdad de armas entre ambas en todo el procedimiento arbitral, y en modo alguno se ha vulnerado el orden público, por no ser causa de anulación el desacuerdo o discrepancia con el criterio particular que se haya podido seguir para valorar la prueba o declarar probados determinados hechos; procede, por ello, desestimar la demanda formulada».*

**PARA DETERMINAR SI SE HA CUMPLIDO CON EL DEBER DE MOTIVACIÓN BASTA CON COMPROBAR QUE EL LAUDO CONTIENE RAZONES, AUNQUE SEAN CONSIDERADAS INCORRECTAS POR EL JUEZ QUE DEBE RESOLVER SU IMPUGNACIÓN (STSJ MADRID CP 1ª 10 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Motivación — Orden público — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 de noviembre de 2021, n.º 70/2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara no haber lugar a la nulidad de un laudo arbitral dictado por árbitro único en el seno de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid el 25 de noviembre de 2020. De acuerdo con esta decisión, que aplica la Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de anulación de laudos arbitrales de los años 2020 y 2021:

*«(...) Partiendo de todas estas consideraciones marco, ya podemos avanzar que la demanda de anulación objeto del presente proceso carece de viabilidad.*

*1.- El laudo delimita correctamente el objeto de la discrepancia a la luz de los términos de la demanda y del convenio arbitral (FJ 4º), partiendo de que el encargo profesional radicaba en la defensa y dirección letrada en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional y otras seguidas contra G. "como investigado en la cau" (sic). Se fijó la cantidad de 10.000 euros (más IVA) como honorarios a percibir por el Letrado para la fase de instrucción de la causa. Se centra así en la interpretación de la hoja de encargo y entra en el análisis de las dos acciones ejercitadas, y descarta que el dinero entregado al Letrado pueda entenderse referido a la llevanza de otros procesos distintos del penal (laborales, concretamente. FJ 10º). El árbitro descarta la nulidad de la cláusula basándose en jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre consumidores y sobre un análisis concreto del concepto de exclusividad de servicios, y afirma como hecho relevante y probado que la cliente resolvió el contrato antes de la finalización de la instrucción del proceso. En cuanto se adentra el laudo en el análisis de la prueba destaca que "no se ha aportado ni un solo documento que acredite la realización de ningún trabajo en las Diligencias Previas n.º 70/2018 seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción n.º 5". (FJ 11º); añade que el tiempo durante el que*



*el letrado demandado estuvo al frente del encargo fue de ocho meses, llegando a la conclusión de que es un tiempo que no completa la instrucción (que no se había cerrado todavía en el momento del dictado del laudo) y por ello cuantifica aproximadamente en un 42,5% cumplido cronológicamente el encargo, no sin valorar las testificales prestadas en el seno del procedimiento arbitral.*

*2.- Nos encontramos por lo tanto ante un análisis de las pruebas que no podemos someter a una valoración propia dada la naturaleza de la acción de nulidad: sobradamente es sabido que no consiste en un juicio de apelación que pueda entrar a revalorar el material probatorio. Pero es que tampoco hallamos que los argumentos empleados por el árbitro resulten irracionales ni absurdos, ni por lo tanto adolezcan de esa vulneración que denuncia el demandante de nulidad al tachar de puro subjetivismo al modo de razonar que se construye en el laudo. El detalle con el que se desarrolla la argumentación no puede ser objeto de suplantación por esta Sala como pretende la demanda en su FJ 1º (al ofrecernos una lectura alternativa de la prueba de la que, por cierto, extrae sus propias conclusiones en la p. 7). Tampoco podemos asumir la alegación que se dirige en la demanda a cuestionar la credibilidad del testigo al que el árbitro —según el demandante de nulidad— "otorga credibilidad por encima de otros medios probatorios". No consta en el análisis de la prueba que podemos leer en el laudo esta ponderación del testimonio destacada por encima de ningún otro medio (el párrafo dedicado a la prueba testifical dentro del FJ 11 nada detalla). Pero lo que es más importante: no consta tampoco que el actor hubiese ejercido su derecho de tacha dentro del procedimiento arbitral si le constaba que ese testigo al que ahora hace especial mención, tuviese interés directo en el pleito, o pudiese estar incurso en cualquier otra causa digna de ser puesta de relieve. Baste añadir a cuanto hemos dicho en torno a la valoración de la prueba que la razón expresada por el árbitro a la hora de ponderar lo que se conoce como carga de la prueba, se ve respaldada por la lógica e incluso las normas comunes que rigen todo proceso civil: cada parte ha de probar lo que afirma o alega; y de ahí que —como acertadamente se expresa en el mismo Fundamento Undécimo— correspondiese al letrado acreditar qué trabajos había desplegado en la fase de instrucción del procedimiento penal como ejercicio efectivo de su actividad de defensa, pues era la única persona (no la clienta) que podía disponer de los documentos que así lo demostrasen. No puede pretender el demandante de nulidad reconducir la esencia del debate arbitral al incumplimiento del contrato por parte de la clienta, pues ésta abonó nada menos que un 92,5% del precio total pactado en concepto de provisión de fondos.*

*3.- Tampoco podemos asumir la crítica que se vierte sobre el laudo en cuanto dice la demanda que carece de motivación. Resulta imprescindible al abordar este motivo de impugnación dejar constancia de un breve resumen de las claves sobre las que el Tribunal Constitucional en su más reciente jurisprudencia, establece el marco de proyección del deber de motivación en los laudos arbitrales: Según dice en la STC 17/2021, de 15 de febrero, el deber de motivación no posee la misma naturaleza en las resoluciones judiciales que en los laudos arbitrales: la obligación de motivar los laudos deriva del art. 37 LA (no de la Constitución), y por ello lo define como un requisito de configuración legal; es más: incluso llega a decir que sería prescindible por el legislador. "No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión,*

*sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación". En la STC 65/2021, de 15 de marzo se resalta la vertiente de orden público procesal como causa excepcional de anulación de los laudos, aunque añade (FJ 3), que podrá verse anulado también un laudo arbitral "cuando carezca de motivación, o esta sea arbitraria, ilógica, absurda o irracional..." En esta STC se dedica el FJ 5 a la delimitación de la motivación como deber legal del árbitro. Viene a reiterar el TC lo ya citado de la Sentencia anterior: el deber de motivación no surge del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje. Y añade determinadas precisiones, algunas de las cuales no pueden considerarse de simple matiz, sino que encierran un alcance mayor en esa clara línea doctrinal que sienta el principio de mínima intervención de los Tribunales de Justicia en el examen de los laudos ante una acción de nulidad:*

- la motivación de los laudos no se integra en un derecho fundamental;*
- el árbitro no tiene que descender a todos los argumentos presentados por las partes;*
- tampoco tiene que indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión;*
- ni motivar su preferencia por una norma u otra;*
- para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación;*
- el deber de motivación no se integra en el orden público; es más: carece de incidencia en el orden público, dice exactamente la Sentencia citada;*
- 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.*

*Desde estos parámetros, el ajuste del laudo impugnado con la corrección del ejercicio del arbitraje —según lo ha delimitado el Tribunal Constitucional— no admite tacha. La resolución arbitral contiene sobradas razones de por qué se estima ajustada a Derecho la pretensión de la actora en torno a su reclamación de cantidad: llega a la conclusión de que el letrado contratado no cumplió su deber de asistencia jurídica, o al menos no lo hizo en la plenitud que debía desplegar, y por lo tanto está justificada la devolución de parte de la provisión de fondos percibida de la clienta. Se contienen no solo razones sino reflexiones en torno a la figura discutida en el arbitraje concreto (el contenido del contrato de arrendamiento de servicios en que consiste la encomienda de una defensa jurídica al abogado), y sobre la que esta Sala no puede llevar a cabo un enjuiciamiento paralelo del asunto. Por lo demás, las razones que ofrece el árbitro en el laudo contra el que se dirige la presente acción de nulidad, no nos parecen en absoluto absurdas o irracionales. No*

podemos, por lo tanto, reconocer razón al actor en la causa que se nos presenta. 4.- Más débil resulta incluso el sustento en esta sede de la siguiente causa de anulación alegada en la fundamentación jurídica de la demanda, al detenerse en el análisis de la aplicación de los arts. 1089, 1091, 1254 y 1256 del Código Civil a la luz de lo que invoca como "doctrina pacífica del Tribunal Supremo" (p. 21). Se tacha la labor desarrollada por el árbitro de irracional "en la aplicación de la norma y principios esenciales de la contratación". La demanda claramente pretende situarnos ante un verdadero análisis del fondo del asunto, que, como ya hemos dicho con incuestionable claridad, excede por completo de la función que nos corresponde al conocer de la acción extraordinaria de nulidad prevista en la vigente Ley de Arbitraje. Se encadena una variada transcripción de Sentencias, tanto de la Sala primera del Tribunal Supremo como de la Audiencia Provincial de Madrid en torno al cumplimiento e incumplimiento de los contratos y sus consecuencias, y sobre este elenco de doctrina se nos solicita (párrafo final de la pág. 25) que declaremos probada la existencia de daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral e injustificada del contrato al letrado, aun cuanto no hayan sido objeto de reclamación en la factura adeudada. Es palmario el exceso que encierra la petición: quien acude voluntariamente al cauce arbitral en uso de su autonomía de la voluntad, ya hemos dicho que renuncia puntualmente a la tutela judicial efectiva garantizada en el art. 24 del texto constitucional. Ante un resultado adverso en el laudo obtenido, no puede pretender luego revertir tal resultado y perseguir la obtención de otro distinto en los Tribunales de Justicia. Con manifiesta claridad advierte contra este riesgo, por ejemplo, la STS de 23 de abril de 2001, en su FJ 7º, con remisión a la de 16 de febrero de 1968, al referirse a las causas de nulidad de los laudos arbitrales, en cuanto nos dice que "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones"».

## SE CONSTATA DE MANERA PALMARIA QUE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD NO HA RECIBIDO NINGUNA RESPUESTA ARGUMENTADA, POR LO QUE EL LAUDO SE ANULA AL CARECER DE TODA MOTIVACIÓN (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 15 NOVIEMBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Árbitros — Independencia e imparcialidad — Ausencia de motivación — Caducidad de la acción — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de noviembre de 2021 (ponente: Miguel Pasquau Liaño) estima la demanda de anulación del laudo de 12 marzo 2021 y su aclaración por resolución de 12 abril 2021, dictado por el árbitro don Jose Miguel, con la siguiente argumentación.

«(...) Sobre la falta de motivación relativa a la excepción de caducidad de la acción de nulidad por intimidación. Tiene razón el demandante al denunciar que el laudo declara la nulidad del contrato de 25 julio 2014 por concurrencia de un vicio de intimidación, sin que aparezca argumento alguno referido en concreto a la razón por la que no aprecia la invocada excepción de caducidad de la

acción formulada por el entonces demandado. En efecto, la solicitud de arbitraje (4 octubre 2019) se interpuso pasados más de cinco años desde la celebración del contrato de 25 julio 2014, cuya nulidad se instaba. El art. 1.301 establece como dies a quod del plazo de caducidad el del cese de la intimidación. El árbitro podría haber apreciado caducidad, o podría haber entendido que la caducidad no se había producido por considerar que no se hubiese acreditado el transcurso de cuatro años desde el cese de la situación de intimidación. Sin embargo, la desestimación de la excepción de caducidad se justifica en los siguientes argumentos, completamente ajenos al sentido de la misma: a) De un lado, porque la acción ejercitada es la acción de división de la cosa común, que es imprescriptible; b) De otro lado, porque existió intimidación. Respecto del primer argumento, la Sala ha de calificarlo de objetivamente incomprensible, pues, siendo cierto que el contrato de 25 julio 2014 se inscribe en un contexto de división del patrimonio familiar, como modificación del anterior contrato de 15 abril 2014, también lo es que dicho proceso de división podía realizarse según lo previsto en aquel contrato de 15 abril 2014 o conforme a lo pactado en el posterior documento de 25 julio 2014: el actor en el procedimiento arbitral interesaba la nulidad o ineficacia de éste, y el demandado su validez y aplicación. Dicho de otro modo, la primera pretensión de la demanda, calificada como principal, no era la de proceder a la división, sino la de declarar la nulidad o ineficacia del contrato de 25 julio 2014 para que la división (que en sí misma no estaba en discusión) se practicara conforme a unas reglas u otras. Si al menos una de las razones por las que se instaba por el actor la nulidad del contrato de 25 julio 2014 era la concurrencia de intimidación (vicio del consentimiento), y el demandado opuso en tiempo y forma la excepción de caducidad de dicha acción, siendo ello objeto de controversia, el laudo tenía que pronunciarse sobre tal pretensión, y en consecuencia sobre si la misma podía o no ejercitarse por razón del transcurso o no del plazo de caducidad, sin poder eludirlo mediante el recurso a la imprescriptibilidad de la acción de división. En segundo lugar, es obvio que los razonamientos relativos a la prueba de la existencia de intimidación no pueden ser tenidos tampoco como motivación sobre la excepción de caducidad del plazo de caducidad de la acción de nulidad, pues el sentido de ésta es que no pudiera entrarse en el fondo del asunto por extemporaneidad de la pretensión. Parece claro que el transcurso o no del plazo de caducidad de una acción de nulidad por vicio del consentimiento no depende de que concurra o no el vicio invocado, por lo que la alusión a la existencia real de intimidación no puede comportar motivación alguna sobre si había o no transcurrido el plazo de acción. Puede concluirse, pues, que sin necesidad de una valoración minuciosa o especialmente exigente de los estándares de la motivación de una resolución arbitral, se constata de manera palmaria que la excepción de caducidad no ha recibido ninguna respuesta argumentada, por lo que respecto de este aspecto de singular importancia el laudo carece de toda motivación».

«(...) Sobre las consecuencias sobre la nulidad del laudo de la apreciada falta de motivación referida a la excepción de caducidad. Queda por determinar si esta falta de motivación puede conducir a la nulidad del laudo, como pretende el demandante. Al respecto ha de considerarse, en primer lugar, que los plazos de caducidad son tan relevantes en el ejercicio de acciones por vía arbitral como por vía judicial. En el caso de la acción de nulidad, en la modalidad de anulabilidad, la existencia de un plazo de ejercicio de la misma tiene una trascendencia que va más allá del ámbito de la autonomía de la voluntad, pues la seguridad jurídica exige que cuando la validez de

*un contrato depende de la voluntad de una de sus partes, ésta ha de optar por la validez o por la nulidad dentro de un plazo, y no indefinidamente, pues ello afecta también a terceros. La anulabilidad no es sino la atribución a una parte de la facultad de hacer nulo —ejercitando la acción de nulidad— lo que podría ser válido, para proteger su interés. Lógico es que tal facultad no pueda prolongarse indefinidamente en el tiempo. Podría no obstante sostenerse que, en el caso concreto que se analiza, tal cuestión resultaba irrelevante, por concurrir otra causa de ineficacia del contrato también esgrimida por la actora en el procedimiento arbitral: la aplicación de la estipulación octava del contrato de 25 julio 2014, conforme a la cual determinados incumplimientos que consideraba se habían producido, determinarían la ineficacia del mismo. Ciertamente, el laudo arbitral, además de apreciar el vicio de intimidación, fundaba la ineficacia del contrato en tales incumplimientos, que consideraba acreditados. Esto podría conducir a la conclusión de que el déficit de motivación sobre la excepción de caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento fuese inocuo, y por tanto no suficiente para obtener la nulidad del laudo. La Sala entiende que no es así. La nulidad por vicio del consentimiento tiene efectos diferentes a la ineficacia por aplicación de una cláusula prevista en el mismo contrato, por cuanto una afecta al consentimiento y otra al sinalagma, es decir, a la causa, lo que puede condicionar al alcance de la ineficacia, siendo así que una de las cuestiones controvertidas era si una parte del contrato de 25 julio 2014 podía quedar o no salvo de la ineficacia. En efecto, la nulidad por vicio del consentimiento permitiría, en una aplicación (discutible pero posible) del principio de conservación del contrato, salvar una parte del contrato, en particular aquella que no guarde relación con el contenido que no habría sido consentido por la parte de no existir intimidación; en cambio, si la ineficacia va referida al incumplimiento de determinadas obligaciones, afecta a la estructura negocial en su conjunto, pues las obligaciones ya cumplidas lo habrían sido en consideración (causa) al conjunto obligacional pactado. Requiere, pues, cada causa de ineficacia invocada por el actor, un pronunciamiento independiente y motivado, pues el resto de pronunciamientos del laudo de algún modo dependen, o pueden depender, del tipo concreto de ineficacia declarada, sin que pueda apreciarse fungibilidad o equivalencia funcional entre ambas, por más que indebidamente la consecuencia de la estipulación octava se califique indebidamente como "invalidez". Es, con todo, necesario aclarar que lo que se reprocha al laudo como causa determinante de su nulidad no es no haber apreciado la excepción de caducidad, ni tampoco el alcance dado a la ineficacia del contrato anulado por vicio del consentimiento, sino la falta de toda motivación sobre un aspecto condicionante de la decisión adoptada».*

*«(...) Sobre la parcialidad del árbitro. Se invoca también en la demanda, como causa de nulidad, la concurrencia de una causa de recusación del árbitro que no fue apreciada por éste. El árbitro desestimó la recusación planteada por, fundamentalmente, la extemporaneidad de su formulación. La recusación se propuso al recibir el demandado el traslado del escrito de demanda, cuando el plazo de quince días establecido en el art. 18.2º LA estaba sobradamente cumplido. Por ello, la resolución del árbitro de fecha 12 febrero 2020 es en sí misma inatacable. Con todo, durante el transcurso del procedimiento arbitral, esta Sala dictó su sentencia de fecha 19 enero 2021, en su procedimiento n.º 06/2020. Es importante recordar que en dicha sentencia, por más que desestimó, por las razones que en ella constan, la demanda de remoción de árbitro para cualesquiera asuntos relacionados con la cláusula de sumisión de arbitraje pactada entre las*

partes, esta Sala aludió de manera si no explícita, al menos sí inequívoca, a una circunstancia que comprometía en lo sucesivo la parcialidad del Sr. Jose Miguel en los asuntos en los que una de las partes fuere Don Roberto. Dicha circunstancia era que en su escrito de 14 julio 2020, de contestación a la demanda de aquel procedimiento, calificó reiteradamente de maliciosa la conducta procesal de don Roberto y su representación técnica, aludiendo a "inadmisibles acusaciones" y solicitando expresamente de la Sala la imposición de una multa al allí demandante y dación de cuenta al colegio de abogados para incoación de expediente disciplinario. En atención a dicha circunstancia, si bien a modo de obiter dictum, la Sala manifestó que no podía sino decir que "una vez que el Sr. Jose Miguel ha solicitado en su escrito de contestación de la demanda la imposición de una multa por este tribunal por entender que concurre mala fe en los actores, ello parece estar indicando lógica y previsiblemente su posible renuncia en los procedimientos arbitrales que pudieran suscitarse en lo sucesivo", lo que no era sino una lógica constatación de una situación que, de manera elocuente, colocaba al árbitro en una situación de enemistad frente a una de las partes del procedimiento arbitral que estaba en curso y respecto del que aún no había dictado laudo. La Sala entiende que, más allá de las vicisitudes propias de la recusación como expediente técnico para el apartamiento de un árbitro, la rotunda exigencia de imparcialidad atribuible a los árbitros adquiere una relevancia que permite la invocación en la acción de nulidad del laudo de circunstancias que, por sí mismas, evidencian un riesgo o apariencia de parcialidad, en particular si tales circunstancias son sobrevenidas al planteamiento de una recusación que ya fue rechazada. La ley permite replantear la recusación con motivo de la acción de nulidad del laudo, y no hay razón para limitar, en el ámbito de esta acción, el estudio al solo dato de la tempestividad de su formulación, habida cuenta, entre otras cosas, de que el art. 17 LA alude no sólo a la recusación, sino también a la abstención, que también puede resultar pertinente por causas sobrevenidas como la que acabamos de reseñar. Y es justamente el art. 17 LA el que, si bien in extremis, el demandante invoca en su demanda como fundamento de la tacha de nulidad por imparcialidad del árbitro, que ha de estimarse concurrente».

«(...) Sobre el resto de causas de nulidad. La concurrencia de las dos causas de nulidad ya apreciadas haría innecesario el análisis de los demás motivos de nulidad invocados en la demanda. No huelga, sin embargo, una mínima consideración de los mismos, habida cuenta de que esta sentencia carece de recurso alguno, así como para la condena en costas. Al respecto, la Sala no tiene dudas de lo injustificado de las mismas. No existe arbitrariedad por haber suplido el árbitro a la parte demandante en la aportación de hechos relativos a la denuncia de incumplimientos por parte del demandante, pues la prueba practicada y la obrante en otros expedientes arbitrales seguidos por las mismas partes y ante el mismo árbitro da soporte suficiente a la enumeración de las conductas de incumplimiento que, aunque genéricamente expuestas en la demanda, bien se podían concretar en el contexto de sucesivos procedimientos arbitrales habidos en el largo proceso de división del patrimonio familiar. Tampoco, como hemos dicho, comportaría motivo de nulidad ceñir la ineficacia de un contrato a las obligaciones aún pendientes de cumplimiento, salvando las ya cumplidas. Ello es una opción que, debidamente motivada, no puede tacharse de arbitrariedad ni de incongruencia. Si antes hemos hecho referencia a este aspecto ha sido únicamente para argumentar la relevancia de la estimación o no de la excepción de caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento como diferente

*de la pretensión de ineficacia por aplicación de una condición resolutoria o suspensiva. Por último, tampoco se apreciaría incongruencia por alteración de la causa petendi en relación a la nulidad por intimidación, consistente en si provino del hoy demandante o del padre de los hermanos litigantes, una vez que la referencia a las palabras del padre se han utilizado como elemento adicional a la afirmada conducta de presión por parte de don Roberto en un asunto en el que las tres personas (padre y hermanos) estaban concernidas (...). Lo expuesto conduce a la estimación de la demanda».*

## **LA EXIGENCIA DE 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 (STSJ MADRID CP 1ª 18 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje — 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 18 de noviembre de 2021, n.º 72/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación frente al Laudo de 8 de septiembre de 2020, recaído en el expediente ..., que dicta el colegio arbitral designado por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid. La sentencia razona, siguiendo la Doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021, del siguiente modo:

*«(...) Como primer motivo de nulidad se alega la infracción del principio de inmediación, por cuanto la comunicación telefónica no cumple con los requisitos de la "oralidad procesal" que se asocia en la LEC con la inmediación, la concentración, la contradicción, la publicidad y la valoración de la prueba mediante la sana crítica. Principio de inmediación que se contempla en los arts. 229, párrafo 2º LOPJ y 137 LEC, vulnerando el orden público. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) En primer lugar debemos señalar, que la alegación de la parte demandante se sustenta en una base normativa incorrecta. La inmediación que señala la parte, es cierto que trae su base y exigencia en los citados preceptos de la LOPJ y LEC, pero dichas normas no son de aplicación, con la salvedad que se dirá, a los árbitros y procedimiento arbitral sino a los órganos jurisdiccionales. La LOPJ contiene normas dirigidas a los jueces y magistrados, que conforman el poder judicial, así como también otras, dirigidas a otros integrantes de la Administración de Justicia, así como al CGPJ. No contempla normas que atañan a los organismos arbitrales, a los árbitros o al procedimiento arbitral. En cuanto a la LEC, sus normas regulan la actuación de los partícipes en la jurisdicción civil y el procedimiento jurisdiccional en dicho ámbito, sin perjuicio del carácter de norma supletoria de la restante normativa procesal (art. 4 LEC). No es de aplicación a la actuación de los árbitros y al procedimiento arbitral, salvo en la concreta remisión a algún trámite procesal civil, sin que ello suponga la aplicación directa o supletoria de dicha norma. Es la Ley de Arbitraje, Normas internacionales sobre la materia y los Reglamentos de Órganos arbitrales, junto con lo que pacten las partes, las que configuran el marco normativo*

*de la actuación de los árbitros y del procedimiento arbitral. A tenor de lo que dispone el art. 30, la inmediación no es un principio inexcusable, pues salvo acuerdo en contrario de las partes, "los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito". En el caso presente la audiencia a las partes, no constando acuerdo de las partes en otro sentido, se acordó hacerla por vía telefónica, justificándose el uso de tal medio por la situación de pandemia que se sufría en el momento en que se acuerda. Aun siendo preferible que la audiencia y alegaciones de las partes, se hubieran presenciado por los tres árbitros de forma presencial, la forma elegida, y que obedece a una causa justificada, no se revela improcedente ni causante de indefensión a la parte ahora demandante, máxime cuando los hechos ya habían sido expuestos y la prueba sobre los mismos era exclusivamente documental. En definitiva, la inmediación que reclama la parte demandante, existió, bien que modulada por el colegio arbitral en la forma de conversación telefónica con cada una de las partes. Ni se aprecia indefensión material, ni en la demanda se expone, por otra parte, más allá del desarrollo general del principio de inmediación, de qué manera se ha limitado o conculcado el derecho de la parte a ser escuchado por el colegio arbitral, aunque éste quedara constreñido a un solo interlocutor telefónico, por lo que no apreciamos vulneración de las normas legales que rigen el arbitraje y, en suma, vulneración del orden público».*

*«(...) Como segundo motivo se alega, igualmente, la vulneración del orden público, por incurrir en una arbitraria motivación, como consecuencia de la falta de coherencia de los argumentos que se exponen en el Laudo. El motivo debe seguir igual suerte desestimatoria que el precedente. a) En primer lugar y 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 ("..."). Criterio reiterado en otras sentencias ("..."). 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. Ya hemos dejado referencia a que la línea argumental de la parte demandante, para articular que el laudo es contrario al orden público, queda residenciada en su falta de motivación y/o en contener una motivación ilógica en cuanto de las premisas que afirma, de las que, a juicio de dicha parte, no se infiere las conclusiones a las que llega. Al respecto cabe complementar la doctrina ya expuesta con la de la recientísima STC de 15 de marzo de 2021 (recurso de amparo 976/2020), que consolida la línea interpretativa sentada en las anteriores dos sentencias. En relación a la motivación del laudo esta última sentencia establece ("..."). Ahora bien, ...la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Por lo demás, que el art. 37.4 LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado (...)", no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con*



*comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver 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». Y a modo de corolario, sigue diciendo la mencionada sentencia en relación a las posibilidades de control judicial sobre la motivación del laudo: "..., debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (por todas, SSTC 123/2006, de 24 de abril FJ 5; 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 7 y 147/2009, de 15 de junio)". Concluye la sentencia señalando que no somos una tercera instancia "y solo debe controlar que se han cumplido las garantías del procedimiento arbitral y el respeto a los derechos y principios de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; así como que la resolución arbitral no sea arbitraria, irracional o absurda desde un mero control externo, lo que significa que no lo sea sin entrar a valorar el fondo del asunto». Conforme al cuerpo de doctrina expuesto, no se aprecia la denunciada infracción del orden público. El motivo, claramente muestra su disconformidad con la decisión arbitral, articulando una suerte de incoherencia sugestiva, por cuanto la basa en determinadas consideraciones contenidas en el Laudo, pero sin atender a su conjunto. El deber de motivación del laudo viene impuesto por el art. 37.4º LA, con el alcance y exhaustividad que hemos señalado al hilo de la doctrina constitucional expuesta. Cabe, por otra parte, recordar, como en diversas resoluciones de esta Sala se ha hecho (STSJ Madrid 7 marzo 2017, 8 enero 2018, entre otras), que dicha exigencia es más tenue, aunque no inexistente, cuando el arbitraje es en equidad, como es el caso presente. El examen del laudo impugnado, bastando al efecto para su comprobación la mera lectura del mismo, contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el tribunal arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto la parte demandante como la parte demandada, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y contestación. La respuesta dada —"salomónica" en*

*expresión de la parte demandada— es aquilatada a los parámetros de la equidad, buscando un equilibrio entre la reclamación del cliente, las perspectivas que tenía y que le dieron en el taller, en orden a arreglar su vehículo y el resultado final de acabar sin posibilidad de arreglo y en la chatarra, y la labor desarrollada por el taller, que, como se reconoce en el Laudo, actuó con diligencia en su trabajo, ofreciendo soluciones mecánicas y reparaciones, algunas incluso a su costa, que sin embargo no dieron el resultado pretendido, sin duda, por ambas partes. El que se reconozca una correcta actuación profesional, no es óbice ni constituye una incoherencia, con que el criterio mayoritario de los árbitros actuantes, exponga, igualmente, el fracaso de la actuación reparadora. Equilibrio que, respondiendo a dicho resultado, se articula a través de una distribución de los costes que se han producido y que supone "reintegrar al cliente la cantidad de 2.000 euros, que se corresponden de manera aproximada con el importe de piezas sustituidas y tiempos de mano de obra empleados para procurar la puesta en circulación del vehículo". Dicha solución no cabe, a priori, considerarse incoherente o arbitraria o vulneradora de la equidad. A modo de conclusión, atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues por una parte desborda claramente el marco de aplicación del recurso interpuesto y, por otra parte, el laudo dictado no vulnera el orden público. Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada ya que, en realidad, lo que subyace en la demanda planteada, es la pretensión de revisión de la cuestión litigiosa en cuanto al fondo, a modo de una segunda instancia plena. Por otra parte, no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad. En este sentido el examen del laudo, pone de manifiesto cómo ha desarrollado un esquema argumental claro, de manera que ha ido sentando las premisas de manera razonada y razonable, fundamentando en ellas su conclusión, que recordemos una vez más lo es en equidad, sin que entre la Sala, dado el alcance del procedimiento en el que nos encontramos, a valorar, a su vez, ni la prueba tenida en cuenta por la mayoría que dicta el laudo, ni el acierto o desacierto jurídico que se establece. Las consideraciones que se hacen en la demanda de anulación, entrando en el examen de los argumentos del laudo impugnado, aun cuando pudieran en algún aspecto poner en evidencia alguna omisión argumental del mismo, no desvirtúan en su conjunto la valoración y respuesta a las pretensiones de las partes. En definitiva y como señala la STC 15 de marzo de 2021 "...". Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal comprensión de las razones por las que el Tribunal arbitral resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque alguna parte pueda, lógicamente, no estar de acuerdo, dando argumentos, razonables y razonados, aunque no se compartan, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos, por lo que resulta procedente su confirmación».*

## **EL TSJ DE MADRID DESESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR COMITÉ JURISDICCIONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL SOBRE CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN (STSJ MADRID CP 1ª 19 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de

Fútbol — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Procedimiento arbitral — Indefensión — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 19 de noviembre de 2019 n.º 73/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación frente Laudo de fecha 13 de agosto de 2020, recaído en el expediente n.º ... Temporada 2019-2020, que dicta el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol. De acuerdo con esta decisión, que aplica la Doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021:

*«(...) El primer motivo denuncia la vulneración de las normas básicas que rigen el procedimiento, al unirse al expediente documentos no aportados ni solicitados como prueba por las partes. El motivo debe ser desestimado, pues a la vista de las actuaciones arbitrales, lo que se refleja en el Laudo impugnado, por la parte demandante se aportó con la demanda la siguiente documental (...). Atendido lo expuesto, no aprecia la Sala que la aportación al procedimiento arbitral, de los documentos que se indican en el Laudo, que, junto con los aportados por las partes, son los que, se haya realizado de forma arbitraria o sin amparo en la normativa aplicable, en este caso del aludido Reglamento General. Cabe recordar que el sometimiento al procedimiento arbitral y sin perjuicio de lo que pacten las partes, supone el sometimiento a la vigente Ley de Arbitraje y al reglamento de la Corte de Arbitraje al que acuden las partes.*

*B. - Por lo que se refiere al segundo motivo de nulidad, que alega vulneración de las normas básicas que rigen el procedimiento al no haberse dado traslado de la documentación solicitada ex officio para su valoración a esta parte. Argumenta la parte demandante que, de estos hechos ha tenido conocimiento en el laudo que se pretende anular, no habiéndose dado traslado ni: i) de la decisión de remitir el oficio a un órgano externo con el fin de que aportara unos documentos no solicitados por la contraparte, ni ii) de los documentos aportados de esta irregular manera al procedimiento, hurtándose la posibilidad de pronunciarse sobre éstos y sobre el valor probatorio de los mismos. La parte demandada —ahora demandante— tuvo ocasión de formular alegaciones al contestar a la demanda y de hecho alegó la falta de acreditación por parte de los demandantes de su pretensión, teniendo a la vista la prueba aportada por éstos con la demanda. Es cierto que no consta que, respecto de la decisión de solicitud de los documentos y de los propios documentos aportados de oficio, se diera traslado a la parte demandada —ahora demandante—, como tampoco a la demandante, por lo que tampoco resulta que pudieran hacer alegaciones en relación a dichos documentos, que en cualquier caso no pueden ser desconocidos por la propia parte, ya que se trata de sus contratos de trabajo como jugador profesional. Lo anterior, en principio vulneraría lo dispuesto en el art. 30.3º LA, a cuyo tenor: "De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión". En el caso presente, sin embargo, no se conculca dicho precepto y obligación, ya que, como cabe apreciar de la lectura del laudo, la prueba documental que ha tenido en cuenta el órgano arbitral para su resolución, tanto en lo que supone de estimación de la demanda como en su desestimación, no incluye a la solicitada de oficio por el Comité Jurisdiccional, por lo que la falta de notificación no ha*

*supuesto materialmente indefensión a la parte, y en consecuencia no se vulnera los principios de contradicción e igualdad de armas y por ende, el orden público procesal. En consecuencia, por todo lo expuesto, procede desestimar la demanda de anulación examinada».*

## EL ÁRBITRO QUE DICTÓ EL LAUDO IMPUGNADO FUE ELEGIDO DE ENTRE UNA LISTA DE CIMA QUE SE OFRECIÓ A LAS PARTES, SIN QUE EN ESE MOMENTO LA DEMANDANTE PUSIERA OBJECCIÓN ALGUNA POR RAZÓN DE LA EDAD DE ELEGIDO (STSJ MADRID CP 1ª 18 NOVIEMBRE 2021)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Tutela judicial efectiva — Árbitros — Edad — Laudo arbitral — Motivación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 18 de noviembre de 2021, n.º 73/2021 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una acción de anulación frente al Laudo arbitral n.º 981, de fecha 7 de enero de 2020, que dicta el árbitro designado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid. Esta decisión, siguiendo la Doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021 declara que:

*«(...) con carácter general, respecto de los seis primeros motivos de nulidad invocados, hay que señalar que su apoyo en la vulneración de la tutela judicial efectiva, resulta, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional más reciente, improcedente, pues, carece de base normativa. Es cierto que en el art. 24.1º CE se establece: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión". De la lectura del precepto constitucional se colige que dicha tutela judicial efectiva, debe exigirse de los Jueces y Tribunales, entre los que no se incluyen los Árbitros. La tutela judicial efectiva que predica el art. 24.1º CE no es exigible en el procedimiento arbitral como tal. Tan solo, ex post, podrá invocarse en cuanto al examen que pueda realizar la Sala Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, en tanto sea competente y conozca de un laudo, en virtud de la interposición de una demanda de anulación, al amparo de la Ley de Arbitraje y solo respecto de su actuación jurisdiccional, sin que quepa reintroducir la aplicación y exigencia del precepto constitucional en el procedimiento arbitral, ya acabado (...). Los seis primeros motivos de nulidad invocados tienen en común, por otra parte, la referencia al contemplado en el art. 41.1º.f) L A, lo que determinará la imposibilidad, en el marco de este procedimiento, conforme ya hemos expuesto, que la Sala pueda entrar a valorar el fondo de la cuestión litigiosa resuelta por el Tribunal Arbitral, así como la valoración de la prueba realizada, y por lo tanto el acierto o desacierto de lo resuelto por el Tribunal. Lo anterior, no obstante, no impide que la Sala pueda examinar otros aspectos de la actuación del Tribunal Arbitral, que puedan incidir en el orden público procesal, que sí puede revisar la Sala, incluso de oficio (...)».*

*«(...) El examen de la demanda de anulación que nos ocupa, articula diversos motivos, seis de los*

cuales giran en torno al contemplado en el art. 41.1º f) LA (infracción del orden público) así como otros dos no contemplados en el elenco de motivos previstos en el citado art. 41.1º LA, uno de ellos apunta hacia una falta de imparcialidad del árbitro (predisposición), unida a la referencia a la edad del mismo y otro de cita tan general, que no configura motivo concreto alguno de los contemplados para fundamentar en él la pretendida anulación del laudo: principio *iura novit curia*. Cabe, por otra parte, agrupar los motivos en tres grupos, para su análisis. Así, en primer lugar, los tres primeros motivos hacen referencia a la inadmisión de medios probatorios propuestos por la parte demandante, ya en cuanto a la inadmisión de parte de la prueba propuesta, ya en cuanto a la inadmisión de documentos refutatorios de testigos.

a) Los dos primeros motivos se refieren a la inadmisión de ciertos medios de prueba aportados por la demandante. Por una parte, la de toda la prueba documental por requerimiento a terceros y a Administraciones públicas, necesaria para demostrar la infracción del pacto. Y por otra la totalidad de documentales a terceros y prueba pericial, propuestas para determinar el daño. Efectivamente y así se recoge en el Laudo, al tratar de la prueba, se indica que se inadmitió medios de prueba propuestas por ambas partes. En lo respecta a la parte demandada, las razones por las que solo se admitió la testifical y documental "incorporada al escrito de contestación a la demanda", se concretan en la escasa incidencia en el fondo del asunto planteado, así como por afectar a datos de terceros ajenos al procedimiento, que podrían "rozar el secreto de las comunicaciones u operaciones mercantiles, etc.", así como por "la improcedencia de solicitar a la parte demandada que aclarase la finalidad de las declaraciones de los testigos propuestos por ella; finalidad que se desconoce al no hacerse referencia alguna a la razón de ser de su petición". Respecto de esta prueba, señala el laudo, "se acordó practicarla si el árbitro entendía que era necesaria". El razonamiento clave de la desestimación se contiene en el siguiente párrafo: "No puede olvidarse-repetimos cuál es el objeto principal del procedimiento, extremo éste al que hemos hecho referencia y que desde luego no consiste en 'cuantificar' los daños que una parte entiende que se le han producido por la actuación incorrecta de la otra, sino saber, primeramente, si una parte ha incumplido la cláusula de 'prohibición de competencia'. Eso es lo que constituye el fondo del asunto. Y acreditado esto, si ello ha sido la causa de las pérdidas de C.A. S.L." La Sala no comparte la afirmación de que el fondo del asunto sea únicamente la acreditación del incumplimiento de la cláusula de prohibición de competencia, dado que la demanda formulada ejercita conjuntamente dos acciones del mismo rango, aunque ciertamente subordinadas: la acción declarativa de incumplimiento contractual de la aludida cláusula y la de condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de dicho incumplimiento contractual (...) Dado el tenor de la respuesta de fondo que da el laudo, es claro que la prueba inadmitida, sobre la que no deja de dar el árbitro razón de tal decisión, por lo que no cabe hablar de arbitrariedad o falta de motivación, en todo caso, aun cuando fuera admisible y pertinente, resulta innecesaria, pues no se niega el incumplimiento contractual, para a continuación señalar que dicho incumplimiento no es la causa de los perjuicios reclamados, por lo que no resulta necesario la práctica de prueba para su cuantificación. En consecuencia, procede desestimar los dos primeros motivos de nulidad, ya que no se ha causado indefensión material a la parte demandante, vulneradora del orden público procesal.

b) En cuanto al tercer motivo de nulidad viene referido a la inadmisión de los documentos refutatorios de testigos. A este respecto hay que señalar los antecedentes siguientes en el procedimiento arbitral (...)

En definitiva la parte ha podido aportar una serie de documentos de refutación y hacer las consideraciones que estimó oportunas, en fase de conclusiones, si bien el árbitro, en el ámbito de su función de valoración de la prueba practicada, no los ha tenido en cuenta como desvirtuación de la prueba testifical que se cuestionaba con ellos, por lo que no cabe apreciar que se haya producido indefensión a la parte o que se le haya privado de su derecho a la proposición y aportación de elementos de prueba, en los que sustentar su pretensión, por lo que procede la desestimación del tercer motivo de nulidad examinado».

«(...) El cuarto motivo de nulidad impugna el Laudo por incongruencia omisiva, incardinada dentro de la ausencia de motivación del laudo al no dar respuesta a todas las cuestiones lo que determina la Infracción del orden público. Señala la demanda en este apartado que el laudo incurre en diversas incongruencias omisivas, advertidas en la solicitud de aclaración y complemento del laudo formulado por esta parte y que fue desestimada por escrito del árbitro de fecha 28 enero 2020. La incongruencia revela la falta de estudio por parte del árbitro de las cuestiones planteadas y su desconocimiento de la controversia, lo que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva. A modo de conclusión, termina el motivo señalando que "las carencias y falta de estudio en el Laudo —y en su complemento— de las Causa petendi de la demanda, afectan al derecho a la tutela judicial efectiva de mi mandante, lo que supone una contravención del orden público impugnabile ex art. 41.1º f) LA y determina la nulidad del laudo". Dichas omisiones las concreta la parte en las siguientes: — El Laudo no hace referencia al art. 1124 Cc, en relación a la responsabilidad de D. Leonardo y el incumplimiento del pacto de no competencia. — El árbitro no hace ponderación alguna a que la mercantil "T., S.L." también está obligada por el pacto de no competencia, tanto en la aplicación del convenio de 14 junio 2010 como del Acuerdo Marco de intenciones de 23 septiembre 2010. — Nada dice el árbitro en el laudo acerca de la intervención de D.ª Emma y de "S.D., S.L.", dado que a través de ellas (doctrina del levantamiento del velo), D. Leonardo ha incumplido el pacto de no competencia. — Ninguna mención hace el Laudo a la doctrina del enriquecimiento injusto, derivado de dejar sin sanción e incólume la actuación del Sr. Leonardo y el incumplimiento del pacto de no competencia. El motivo formulado debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Hay que volver a insistir en que la alegación de infracción de tutela judicial efectiva, por las razones que ya exponíamos, no configura per se ninguno de los motivos que se contemplan en el art. 41.1º L A, por lo que no puede servir de fundamento de la nulidad su infracción. b) La figura procesal de la incongruencia, referida a las resoluciones judiciales, puede ser trasladable al procedimiento arbitral y al dictado de los laudos, en la medida en que el art. 37.4º LA establece que los laudos serán siempre motivados, sin perjuicio de lo que dispone el art. 36 LA. Dicha motivación ha de existir, en los términos concretados por la reciente Doctrina del Tribunal Constitucional, no ser ilógica o arbitraria. El laudo que incurre en incongruencia omisiva, se revela falto de la obligada motivación respecto de los pronunciamientos oportunamente deducidos y mantenidos por las partes En relación a la incongruencia y, en particular la omisiva, cabe señalar el siguiente cuerpo de doctrina de la Sala 1º del Tribunal Supremo y referencias al

Constitucional ("...")

c) Cabe volver a recordar lo que establece la STC 15 marzo 2021: "...que el art. 37.4 LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado (...) no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, ... o motivar su preferencia por una norma u otra, ..."Lo anterior, no es óbice para que sí constituya una obligación del árbitro resolver sobre lo que las partes someten a su decisión.

d) En el caso presente no se aprecia la denunciada incongruencia omisiva, en primer lugar, porque las omisiones que señala el motivo, no son verdaderas pretensiones que constituyan el petitum de la demanda. Son fundamentaciones o argumentos en apoyo de dichas pretensiones. En segundo lugar, la congruencia debe examinarse desde las dos posiciones de las partes litigantes, pues en la medida en que se desestime una de las pretensiones de una parte por estimación de la formulada antitéticamente por la contraparte, la resolución será congruente, de ahí que no incurra en incongruencia las resoluciones que son desestimatorias o absolutorias de la demanda. En tercer lugar, el laudo que examinamos, no deja de reconocer la pretensión actora de que ha habido una vulneración del pacto de no competencia, si bien no considera que dicho incumplimiento contractual sea causa determinante de los daños y perjuicios sufridos por la parte demandante. Por lo tanto, existe una desestimación tácita y lógica de la segunda pretensión de dicha parte, en cuanto al ejercicio de la reclamación de dichos daños y perjuicios. En consecuencia, no se aprecia el motivo de nulidad examinado».

«(...) El quinto motivo de nulidad Impugna el laudo por infracción de la tutela judicial efectiva, por falta de correcta apreciación de la prueba al no apreciar el árbitro los abundantes medios probatorios acreditativos de la infracción del pacto de no competencia, lo que supone la Infracción del orden público material. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Debemos reproducir, una vez más, lo que ya hemos expuesto sobre la alegación de vulneración del principio de la tutela judicial efectiva. b) Hemos señalado en fundamentos precedentes, que las partes han tenido la ocasión de proponer las pruebas que considerasen procedentes para apoyar su pretensión litigiosa. Junto con lo anterior, igualmente decíamos, que no existe un derecho absoluto a la práctica de las pruebas propuestas, sino solo de las que sean pertinentes y dirigidas a dicho fin probatorio y que incluso, siendo pertinentes, puede ser rechazadas si se revelan irrelevantes o innecesarias, como ha ocurrido en el procedimiento arbitral que analizamos (motivos de nulidad 1º y 2º) c) El árbitro ha desestimado cierto número de pruebas, dando las razones que ha considerado oportunas y que cabe dar por suficientes, a la vista de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional. Por otra parte, ha valorado y así lo desarrolla en el laudo, la testifical practicada, haciendo referencia individualizada a cada uno de los testigos que han depuesto en el procedimiento, plasmando a continuación en su resolución, el alcance acreditativo que ha obtenido, desde la inmediación que le alcanza, en orden a la respuesta que da y que se concreta en la parte dispositiva del laudo. Existe y se constata con la lectura del Laudo, una valoración de la prueba que ha tenido en cuenta el árbitro —dentro de laxitud que de las exigencias de motivación y concreción se imponen al mismo—, en la que ha apoyado su decisión, ciertamente contraria a la parte demandante, pero que le permite a ésta y a la demandada,

*conocer la misma, aunque no la comparta. No puede, por otro lado, esta Sala, en el cauce de la acción de nulación en que nos encontramos, proceder a realizar una nueva valoración a nuestro juicio, al modo de un recurso de apelación pleno, pues no es este el caso. En definitiva, la queja de la parte demandante es más propia de otro tipo de recurso, que no se da en el procedimiento arbitral y no es sino reflejo de la discrepancia que mantiene con la valoración realizada por el árbitro, que, con independencia de su acierto o fallo, no podemos revisar. Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo analizado».*

*«(...) El siguiente motivo de nulidad impugna el laudo por la existencia de errores, tanto de hecho como de derecho. Insuficiente motivación. Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Infracción del orden público. El motivo debe seguir igual suerte desestimatoria, por razones sustancialmente idénticas a las expuestas en el fundamento precedente. En este sentido hay que volver a repetir lo referente a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a la alegación de la insuficiente motivación, la STC 15 marzo 2021, le dedica un fundamento específico, del que cabe reproducir la siguiente doctrina: "...". 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 les 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 a facultad de control del laudo arbitral, como resultado del ejercicio de una acción extraordinaria de nulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubiesen pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto de la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes. (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo establecida en el art. 37.4º LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, 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». Atendida la transpuesta doctrina, el examen del laudo impugnado, a través de su simple lectura, revela que cumple, en los términos expuestos, el deber de motivación suficiente. El árbitro expone de forma razonada su decisión, que desarrolla a través de un esquema que se revela lógico, desde el punto de vista fáctico y normativo, como es el examen de la primera pretensión de la parte demandante: si ha existido un incumplimiento contractual, derivado de la infracción del pacto de no competencia, alcanzando la conclusión de que sí ha existido tal incumplimiento. Pasa, a continuación, a examinar la segunda pretensión, relativa a la reclamación de daños y perjuicios, si bien en relación a ésta, considera que los posibles daños y perjuicios sufridos por la mercantil demandante, no pueden atribuirse o traer causa del incumplimiento contractual, sino de la propia*



actuación de los demandantes. Dichas conclusiones tienen su apoyo y así se explicita, como hemos puesto de relieve a lo largo de nuestra resolución, en la valoración de la prueba que ha admitido y practicado, de lo que deja, como decimos, expresión concreta en el Laudo. El examen del laudo impugnado lleva a la Sala, en conclusión, a modo de corolario, a la luz de la doctrina expuesta, a rechazar las objeciones formuladas por la parte demandante, incluido el que el laudo haya motivado de forma ilógica, arbitraria o irracionalmente las conclusiones que sienta, bastando al efecto para comprobar que sí existe una verdadera y suficiente motivación, la mera lectura del mismo. El laudo contiene una motivación que es acorde a la resolución del litigio que se ha presentado ante el tribunal arbitral, dando respuesta argumentada, con independencia del acierto o no de la misma, a los planteamientos que sostienen tanto la parte demandante como la parte demandada, en apoyo de sus respectivas pretensiones, deducidas respectivamente en sus escritos de demanda y contestación. 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 desestimado el motivo formulado, pues por una parte desborda claramente el marco de aplicación del procedimiento de anulación en que nos encontramos y, por otra parte, el laudo dictado no vulnera el orden público. Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada ya que, en realidad, lo que subyace en la demanda planteada, es la pretensión de revisión de la cuestión litigiosa en cuanto al fondo, a modo de una segunda instancia plena. Prueba de ello es la pormenorizada valoración de las actuaciones, que en el fondo no desvirtúan la existencia de una motivación arbitral, sino la discrepancia con la misma. Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público. El árbitro asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución, lo que no es impugnado por la parte demandante, alegando causa de nulidad al respecto. El árbitro ha desarrollado un esquema argumental claro, secuenciado, de manera que ha ido sentando las premisas a partir de las cuáles pasa a desarrollar las siguientes consideraciones, valoración y conclusiones; de manera razonada y sin que pueda la Sala, dado el alcance del procedimiento en el que nos encontramos, entrar a valorar, a su vez, ni la prueba tenida en cuenta por el Árbitro, ni el acierto o desacierto jurídico que, como conclusiones y resolución se establece en el laudo. La respuesta dada por el árbitro, desde el punto de vista externo, es decir sin entrar a valorar el mayor o menor acierto de la misma, en lo que no podemos entrar, cumple suficientemente con el deber de motivación, por lo que debe ser refrendada por esta Sala, en el ámbito del procedimiento en el que nos encontramos. En definitiva y como señala la STC 15 de marzo de 2021, "...". Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal comprensión de las razones por las que el árbitro resuelve la controversia sometida a su consideración, aunque alguna parte pueda, lógicamente, no estar de acuerdo, dando argumentos, además fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos, por lo que resulta procedente su confirmación».

«(...) Como séptimo motivo de impugnación, y con carácter subsidiario, se alude a la posible influencia de la edad del árbitro en la falta de calidad del Laudo. La arbitrariedad, predisposición del Sr. árbitro y orientación del procedimiento. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Si bien es cierto y es un hecho notorio, que la edad, conforme pasan los años,

*determina una disminución de ciertas facultades, especialmente las físicas, no lo es tanto en relación a las capacidades intelectuales. No necesariamente una persona "mayor", por este solo hecho, debe considerarse incapaz o limitada para el cumplimiento de tareas eminentemente intelectuales. En el caso presente, los 85 años que, según indica la parte demandante, tiene el árbitro, no implica, per se su incapacidad intelectual para desempeñar la función arbitral, sin perjuicio de que se acreditara lo contrario, lo que no es el caso presente. El juicio comparativo que emplea la parte demandante, en referencia a la edad de jubilación, por ejemplo, de jueces y magistrados, a los 70 años —eventualmente a los 72—, es incompleto o sesgado, ya que no tiene en cuenta que otros destinos de naturaleza similar, como los magistrados del Tribunal Constitucional o los vocales del Tribunal de Cuentas, permiten seguir desempeñando los cometidos que le son propios pasados dichos límites de edad. Lo mismo puede decirse en el caso de los diputados y senadores, que integran el Poder Legislativo, donde a lo largo de las legislaturas, nos encontramos con notables ejemplos de longevidad. En otro orden de cosas, el árbitro que ha dictado el Laudo impugnado, fue elegido de entre una lista que se ofreció a las partes, sin que en ese momento la parte demandante pusiera objeción alguna por razón de la edad de elegido. En cuanto a la alegación de falta de imparcialidad, su desestimación deriva de la falta absoluta de prueba al respecto. Una denuncia tan grave como la que hace la parte demandante, debe venir acompañada de algo más que una impresión o creencia, que cabe confundir con la mera frustración de ver rechazadas sus pretensiones. Debe acompañarse a la afirmación o sugerencia, al menos un principio de prueba lo suficientemente sólido, que permita hacer nacer una duda razonable de la imparcialidad del árbitro, lo que no ocurre en el caso presente, sin que al efecto sirva una lectura como la que hace la parte demandante del Laudo impugnado, de la que extrae que las conclusiones y resolución que se dicta, es fruto de dicha arbitrariedad, falta de imparcialidad o predisposición».*

*«(...) A modo de colofón, como último motivo se hace referencia al principio iura novit curia, asumiendo la parte los motivos de nulidad que esta Sala pueda aplicar al caso, aunque no los haya alegado la parte. El motivo debe ser desestimado de plano. En primer lugar, porque no configura ninguno de los previstos en el art. 41.1º LA En segundo lugar, porque tanto valdría para aceptar y hacer suyos los motivos, que de oficio apreciara la Sala para anular el laudo, como serviría, en aplicación del principio, para aceptar la desestimación de los motivos de anulación, que la Sala considerara no apreciables.*

*La desestimación de la demanda determina, conforme al art. 394.1º LEC, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante, al haber visto desestimada su pretensión de anulación, que ha dado lugar al presente procedimiento».*

**NO PARECE CORRECTA LA ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA DEMANDADA CUANDO TRAS RECIBIR BUROFAX DEL DEMANDANTE NADA LE CONTESTA AL RESPECTO HACIÉNDOLE VER AL ASEGURADO QUE DEBE ACUDIR A LA VÍA ARBITRAL, Y NO A LA JUDICIAL (AAP MÁLAGA 5ª 22 NOVIEMBRE 2021)**

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Arbitraje de seguros — Protección de los consumidores — Cláusula predispuesta — Cláusula abusiva — Desestimación de la declinatoria.

El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, de 22 de noviembre de 2021 (ponente: José Javier Díez Núñez) estima un recurso de apelación contra un Auto del Juzgado de Primera Instancia de Málaga que admitió una declinatoria arbitral, razonando del siguiente modo:

*«(...) nos encontramos ante un seguro colectivo al que se refiere el art. 81 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, cuando establece que "puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a una persona o a un grupo de ellas", y en tal caso como recoge la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007, a cuya doctrina se remite la 541/2016, de 14 de septiembre, y que reproduce la de 4 de noviembre de 2019, "no hay coincidencia entre el tomador del seguro y el asegurado porque la póliza se contrata con la aseguradora por aquél para facilitar la incorporación de quienes forman parte del grupo, unidos por alguna circunstancia ajena a la mera voluntad de asegurarse, los cuales manifiestan ordinariamente su voluntad de incorporarse mediante la firma de un boletín de adhesión y reciben una certificación individual expresiva de las condiciones del aseguramiento", y de acuerdo con el art. 7 de la expresada Ley, en los casos de distinción entre el tomador y el asegurado, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado, principio del que se infiere que la carga de información que pesa sobre el asegurador para cumplir con el principio de transparencia contractual está en relación con la posición que respectivamente ocupan en el contrato el tomador y el asegurado, y así las exigencias formales que afectan a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado impuestas por el art. 3, entre las cuales figura la especial aceptación por parte de éste, deben ser interpretadas en consonancia con este principio, habida cuenta que en los seguros colectivos, según se desprende de la jurisprudencia —TS 1ª SS 14 de junio de 1994 y 24 de junio de 1994—, el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas, exigencia que resulta adecuada a la posición del tomador del seguro, en cuanto al contratar contrae obligaciones como tal tomador, aunque el seguro tenga un carácter genérico y requiera para su perfección respecto de los distintos asegurados la declaración de voluntad individual en que consiste la adhesión, pero, sin embargo, la exigencia de transparencia contractual, especialmente en lo que afecta a las cláusulas limitativas, exige que, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada a un acto de voluntad por parte de solicitante, consistente en su adhesión al seguro colectivo, el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas cláusulas limitativas con la claridad y énfasis exigido por la ley y recabe su aceptación especial, para lo cual constituye instrumento idóneo la solicitud de adhesión que se prevé para este tipo de seguros, y así lo declara la sentencia de 27 de julio de 2006, la cual, en un supuesto de seguro colectivo en que "los únicos documentos que fueron facilitados al demandante fueron el boletín de adhesión y el certificado de seguro", declara la imposibilidad de oponer al asegurado el contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo incluidas en las cláusulas generales de la póliza, "por cuanto a ellas ha de proyectarse la voluntad contractual, en la medida en que integran el objeto del contrato, y sobre ellas ha de recaer el consentimiento que lo perfecciona, lo que se resume en la*

*necesidad de aceptación de las mismas previo su conocimiento"; siendo menester, pues, que cuando la aseguradora interviene expidiendo un documento individual en favor del solicitante que se adhiere a un seguro colectivo y con ello presta su consentimiento para la perfección del contrato, haga constar en el expresado documento con suficiente claridad no sólo la cobertura del seguro, sino también la existencia de cláusulas limitativas, con los requisitos formales exigidos por el art. 3, dicho lo cual, podría argumentarse para el caso que cuando en el clausulado aparece la sumisión de las partes a arbitraje, con ello no se está configurando con fines limitativos, lo que es cierto, siguiendo las pautas marcadas, entre otras, por las resoluciones que se citan por la parte demandada—apelada — Audiencias Provinciales de Madrid (Sección 8ª) sentencia de 13 de febrero de 2017 (Sección 14ª) auto de 22 de diciembre de 2011, de Valencia (Sección 11ª) auto de 30 de diciembre de 2010, de Zaragoza (Sección 4ª) auto de 12 de junio de 2007—, pero también lo es que lo expuesto es esclarecedor del marco de actuación en que se deben mover las partes implicadas en un seguro colectivo, de manera que quien figure como asegurado debe tener cabal conocimiento de cuáles son sus derechos y de cómo debe actuar en el momento en que se produzca el siniestro con el que la póliza le ofrece cobertura, y si bien el art. 24 de la Ley 50/1980 impide el pacto de sumisión a un fuero jurisdiccional distinto del del domicilio del asegurado, no lo hace en relación con el recurso al mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria para la resolución de la controversia, es decir, al sometimiento de la cuestión controvertida a convenio arbitral, a virtud de la autonomía de las partes contratantes, ex art. 1255 Cc, resultando que en el caso se observan tres documentos bien diferentes (i) las condiciones generales (ii) las condiciones particulares y (iii) las condiciones especiales, siendo en éstas y no en aquéllas otras, en donde figura clausulado en el que se consigna literalmente bajo la rúbrica "procedimiento arbitral" que " (...) toda desavenencia surgida o que pueda surgir como consecuencia de la interpretación y ejecución del presente contrato será resuelta definitivamente mediante arbitraje de equidad por el tribunal arbitral integrado por tres vocales (...) las partes se obligan a realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se lleve a efecto, comprometiéndose a cumplir con sus propios términos en laudo que se dicte», que "las condiciones generales del contrato a que se refiere el presente suplemento, serán de aplicación subsidiaria a la presente garantía en aquellos extremos en que no exista contradicción con lo regulado en el presente suplemento" y que "el tomador del seguro acepta específicamente el contenido destacado del presente suplemento, en cumplimiento del art. 3 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro", extremos éstos sobre los que no se hace referencia para nada en las anteriores condiciones, ni generales, ni particulares, y a los que el art. 14 de las condiciones primeras (generales) no alude en absoluto al tratar del "procedimiento de reclamación", debiendo estarse a la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en sentencia 409/2017, de 27 de junio, en la que con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre, y 9/2005, de 17 de enero, afirma 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, de tal modo que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, no pareciendo correcta la actuación de la entidad aseguradora demandada cuando tras recibir burofax del demandante en diciembre de 2019 nada le contesta al respecto haciéndole ver al asegurado que debe acudir a la vía arbitral,*

*y no a la judicial, guardando el más absoluto de los silencios hasta el momento en el que se le da plazo procesal para contestar la demanda, a todo lo cual cabe añadir que la póliza de 9 de enero de 2019 en el apartado de condiciones especiales tan solo figura firmada por el asegurador, no por el tomador (...5), lo que pasa por ser determinante del acogimiento de la tesis defendida por la recurrente en la forma que quedará plasmada en la parte dispositiva de la presente resolución».*

[Véase José Fernando Merino Merchán, «Posibilidades que el arbitraje tiene en el ámbito del seguro privado, especialmente en el marco de los contratos de seguros», supra]

## **DENEGACIÓN DEL DESPACHO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO POR NO CUMPLIRSE CON EL REQUISITO DE ACREDITACIÓN DE SU CORRECTA NOTIFICACIÓN AL EJECUTADO DEL QUE DEPENDE EL DESPACHO DE EJECUCIÓN (AAP MADRID (AAP 10ª 24 NOVIEMBRE 2021))**

Arbitraje — Laudo Arbitral — Despacho de ejecución — Notificación — Denegación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 24 de noviembre de 2021 (ponente: José Manuel Arias Rodríguez) confirma la decisión de instancia que dejó sin efecto el despacho de ejecución de un laudo arbitral. Según este Auto:

*«(...) el recurso de apelación no puede prosperar, en la medida en que se hace pivotar la divergencia con el discurrir judicial en que, a diferencia de lo aseverado en el auto recurrido con acomodo en la cláusula séptima del convenio arbitral anexo al contrato de arrendamiento, la ahora apelante sí comunico el desalojo de la vivienda y cambio de domicilio a la agencia encargada de la gestión del arrendamiento y que sería la coarrendataria la que se mantendría en el alquiler. Sin embargo, dicho aserto está desprovisto de todo refrendo demostrativo, por lo que ha de sucumbir. Se argüye asimismo que no se extingue, pese a esa circunstancia, los deberes de control exigidos por los arts. 551.1º y 522 de la Ley Rituaria Civil para el despacho de ejecución, ni el deber previsto en la regla especial del art. 5 a) LA, sosteniendo que no se cumple con el requisito de acreditación de la correcta notificación del Laudo al ejecutado del que depende el despacho de ejecución, como así exige el art. 550. 1º LEC, siendo el tribunal al que se solicita el despacho de ejecución el que debe controlar de oficio la correcta notificación del laudo arbitral. Sin embargo la objeción no puede sino sucumbir por la propia fundamentación que sirve de asidero a su rehúse en el auto debatido. En efecto, por un lado, en el laudo arbitral de 29 octubre 2018 se refleja que se intentó notificar la demanda en el domicilio arrendado mediante avisos dejados los días 11 y 15 de octubre de 2018, lo que se ve corroborado por el documento n.º 5 de los que se acompañaron a la demanda de ejecución y, por otro, en ese mismo domicilio se pretendió el día 6 de noviembre 2018, hora de las 16:58 la notificación del laudo arbitral, no siendo viable al ser la destinataria desconocida, según certificación existente al folio 31. Obviamente, si no le constaba a la parte actora ni a la Asociación Europea de Arbitraje otro domicilio, no puede pretenderse en esas circunstancias que se notifique el laudo si se desconoce el paradero de la apelante, e incluso aunque se presumiera que no tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral y del laudo emitido a través de la información de la otra arrendataria D.ª Gabriela, lo que no se puede*

*compartir es que no se pueda proceder a solicitar la ejecución de una resolución frente a quien con su comportamiento obstaculiza que los derechos de la contraparte sean meramente testimoniales. La apelante en cuanto arrendataria sabía que, caso de cambiar de domicilio, debería comunicarlo fehacientemente a la parte arrendadora lo que no ha efectuado, ni ha desplegado actividad probatoria alguna por razones sólo a la misma imputables, por lo que el fenecimiento de este primer reproche ha de imponerse ineluctablemente, sin necesidad de dar contestación a todas las alegaciones vertidas por la parte apelante, al ser su tratamiento claudicante meramente tributario de cuanto se ha dejado expresado».*

## Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales internacionales

### Jurisprudencia de la Unión Europea

#### EL DERECHO DE LA UNIÓN PROHÍBE QUE UN ESTADO MIEMBRO CELEBRE UN CONVENIO ARBITRAL DE CONTENIDO IDÉNTICO A UNA CLÁUSULA ARBITRAL NULA QUE SE RECOGE EN UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS (STJ GS 26 OCTUBRE 2021: AS. C-109/20: «PL HOLDING»)

Arbitraje — Arbitraje de inversiones — Derecho económico internacional — Inversiones APPRI/ BIRs Polonia — Tribunal de Justicia Unión Europea — Cláusula de un APPRI que remite al arbitraje — Contrariedad con el Derecho de la Unión.

Basándose en la sentencia *Achmea*, la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 26 de octubre de 2021 (as. C-109/20: *PL Holdings*) confirma que es contraria al Derecho de la Unión la cláusula arbitral que se recoge en el TBI, a tenor de la cual un inversor de uno de los Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro que haya celebrado dicho TBI, iniciar un procedimiento arbitral contra este último Estado ante un tribunal arbitral cuya competencia se haya comprometido a aceptar ese Estado. Por tanto, el juez nacional está obligado a anular un laudo arbitral adoptado sobre la base de ese convenio arbitral.

En 2013 se suspendieron los derechos de voto de PL Holdings —una sociedad luxemburguesa— vinculados a las acciones que dicha sociedad poseía en un banco polaco y se ordenó la venta forzosa de esas acciones. Como estaba en desacuerdo con esta decisión, adoptada por la *Komisja Nadzoru Finansowego* (Comisión de Supervisión Financiera, Polonia), PL Holdings resolvió iniciar un procedimiento arbitral contra Polonia. Para ello, basándose en el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo, por una parte, y el Gobierno de la República Popular de Polonia, por otra, sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 19 de mayo de 1987 (TBI), PL Holdings se dirigió al tribunal arbitral previsto en una cláusula arbitral que se recoge en dicho tratado.

Mediante dos laudos de 28 de junio y 28 de septiembre de 2017, el tribunal arbitral declaró que era competente para conocer de la controversia en cuestión; hizo constar que Polonia había incumplido sus obligaciones derivadas del TBI, y la condenó a pagar a PL Holdings una indemnización de daños y perjuicios. El recurso por el que se solicita la anulación de los laudos arbitrales interpuesto por Polonia ante el *Svea hovrätt* (Tribunal de Apelación con sede en Estocolmo, Suecia) fue

desestimado. Dicho órgano jurisdiccional declaró, en particular, que, aunque la cláusula arbitral que se recoge en el TBI —según la cual una controversia relativa a dicho tratado debe ser resuelta por un organismo de arbitraje— es nula, esa nulidad no impide a un Estado miembro y a un inversor de otro Estado miembro celebrar, en un momento posterior, un convenio arbitral *ad hoc* para resolver esa controversia.

El *Högsta domstolen* (Tribunal Supremo, Suecia), que conoce del recurso de casación contra la resolución del tribunal de apelación, decidió dirigirse al Tribunal de Justicia para aclarar si los arts. 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* entre las partes del litigio, dado que dicho convenio tiene un contenido idéntico a una cláusula arbitral que se recoge en el TBI y que es contraria al Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia, constituido en Gran Sala, desarrolla su jurisprudencia derivada de la sentencia *Achmea* y declara que el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral de esas características.

### Apreciación del Tribunal de Justicia

En primer lugar, basándose en la sentencia *Achmea*, el Tribunal de Justicia confirma que es contraria al Derecho de la Unión la cláusula arbitral que se recoge en el TBI, a tenor de la cual un inversor de uno de los Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro que haya celebrado dicho TBI, iniciar un procedimiento arbitral contra este último Estado ante un tribunal arbitral cuya competencia se haya comprometido a aceptar ese Estado. En efecto, esta cláusula puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho de la Unión, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE. Así pues, dicha cláusula no es compatible con el principio de cooperación leal que establece el art. 4 TUE, ap. 3, párrafo primero, y vulnera la autonomía del Derecho de la Unión consagrada, entre otros, en el art. 344 TFUE.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señala que permitir que un Estado miembro someta un litigio que puede referirse a la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión a un organismo de arbitraje con las mismas características que el previsto por una cláusula arbitral nula por ser contraria al Derecho de la Unión mediante la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* del mismo contenido que dicha cláusula supondría en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, de los artículos antes citados.

En efecto, antes de nada, tal convenio arbitral *ad hoc* produciría, respecto al litigio en cuyo marco se hubiese celebrado, los mismos efectos que se derivarían de la cláusula arbitral en cuestión. La razón de ser de este convenio sería precisamente sustituir a tal cláusula para mantener los efectos de esta pese a su nulidad.

Además, las consecuencias de esta elusión de las obligaciones del Estado miembro afectado no serían menos graves por el hecho de que se tratase de un caso individual. En realidad, este enfoque jurídico podría adoptarse en numerosos litigios que pudieran afectar a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, vulnerando con ello de manera reiterada la autonomía de tal Derecho.



Asimismo, cada solicitud de arbitraje dirigida a un Estado miembro sobre la base de una cláusula arbitral nula podría suponer una propuesta de arbitraje y cabría considerar en su caso que ese Estado ha aceptado tal propuesta por el mero hecho de no haber formulado alegaciones específicas contra la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*. Pues bien, tal situación tendría como consecuencia mantener los efectos del compromiso contraído por dicho Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión —y, por tanto, viciado de nulidad— de aceptar la competencia del organismo de arbitraje que conociese del asunto.

Por último, tanto de la sentencia *Achmea* como de los principios de primacía del Derecho de la Unión y de cooperación leal se deriva que los Estados miembros no solo no pueden comprometerse a sustraer del sistema jurisdiccional de la Unión los litigios que puedan referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, sino también que, cuando un litigio de ese tipo se plantea ante un organismo de arbitraje en virtud de un compromiso contrario a dicho Derecho, están obligados a impugnar la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral *ad hoc* en virtud de los cuales ese organismo conozca del litigio (Conclusión confirmada también por el art. 7, letra b), del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados Miembros de la Unión Europea).

Así, cualquier intento por parte de un Estado miembro de subsanar la nulidad de una cláusula arbitral mediante un convenio con un inversor de otro Estado miembro contravendría esta obligación de impugnar su validez y podría, por tanto, viciar de ilegalidad la causa misma de dicho convenio, porque esta sería contraria a las disposiciones y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Unión.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que el juez nacional está obligado a anular un laudo arbitral dictado sobre la base de un convenio arbitral que infringe el Derecho de la Unión.

[Véase *Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, Asunto PL Holding: el limitado alcance de la decisión del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del arbitraje de inversiones derivado de un convenio arbitral ad hoc con el Derecho de la Unión*», supra].

## UN LAUDO ARBITRAL POR EL QUE SE CONCEDE EL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN DESPUÉS DE LA ADHESIÓN DE RUMANÍA CONSTITUYE UNA AYUDA DE ESTADO ES INCOMPATIBLE CON EL MERCADO INTERIOR (STJ GS 25 ENERO 2022: AS. C-638/19 P: COMISIÓN / EUROPEAN FOOD Y OTROS)

Arbitraje — Arbitraje de inversiones — APPRI — Unión Europea — Comisión Europea — Tribunal de Justicia Unión Europea / Tribunal General Unión Europea — Ayudas públicas — Rumanía.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2022 (as. C-638/19 P: *Comisión / European*

*Food y otros*) declara que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al concluir que la Comisión no era competente para examinar, a la luz del Derecho en materia de ayudas de Estado, la indemnización abonada a unos inversores suecos por Rumanía para ejecutar un laudo arbitral. Si bien dicho laudo había estimado la alegación de esos inversores de que dicho Estado miembro había derogado de forma ilícita un régimen de incentivos fiscales antes de su adhesión a la Unión, la medida de ayuda detectada por la Comisión fue concedida después de dicha adhesión.

El 29 de mayo de 2002, Suecia y Rumanía celebraron un tratado bilateral de inversiones para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (en lo sucesivo, «TBI»), cuyo art. 2, ap. 3, dispone que cada parte contratante garantizará en todo momento un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por los inversores de la otra parte contratante. El TBI prevé, además, que las controversias entre los inversores y los países signatarios se someterán a un tribunal arbitral. En 2005, en el marco de las negociaciones de adhesión de Rumanía a la Unión Europea, el Gobierno rumano derogó un régimen nacional de incentivos fiscales a favor de determinados inversores de regiones desfavorecidas (en lo sucesivo, «régimen de incentivos fiscales»).

Varios inversores suecos, considerando que, al derogar el régimen de incentivos fiscales, Rumanía había incumplido su obligación de garantizar un trato justo y equitativo a las inversiones de aquellos con arreglo al TBI, solicitaron la constitución de un tribunal arbitral con el fin de obtener la reparación del perjuicio causado. Mediante laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013, el tribunal arbitral condenó a Rumanía a pagar a dichos inversores, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, un importe de aproximadamente 178 millones de euros. A pesar de diversas advertencias de la Comisión Europea en cuanto a la necesidad de respetar en ese asunto las normas y los procedimientos aplicables en materia de ayudas de Estado, las autoridades rumanas abonaron la indemnización concedida por el tribunal arbitral en favor de los inversores suecos. Mediante Decisión de 30 de marzo de 2015, la Comisión calificó el pago de dicha indemnización de ayuda de Estado incompatible con el mercado interior, prohibió su ejecución y ordenó la recuperación de las cantidades ya abonadas.

Conociendo de varios recursos, el Tribunal General por Sentencia de 18 de junio de 2019, *European Food y otros/Comisión* (T-624/15, T-694/15 y T-704/15) anuló dicha Decisión por considerar, en esencia, que la Comisión había aplicado retroactivamente sus competencias a hechos anteriores a la adhesión de Rumanía a la Unión el 1 de enero de 2007. En efecto, el Tribunal General partió de la premisa de que la ayuda de que se trata había sido concedida por Rumanía en la fecha de la derogación del régimen de incentivos fiscales, a saber, en 2005.

En casación, el Tribunal de Justicia, constituido en Gran Sala, anula la sentencia del Tribunal General y confirma la competencia de la Comisión para adoptar la Decisión controvertida, si bien devuelve el asunto al Tribunal General para que este se pronuncie sobre los motivos y alegaciones formulados ante él en relación con el fundamento de dicha Decisión.

#### Apreciación del Tribunal de Justicia

Dado que la Comisión adquirió la competencia para controlar, con arreglo al art. 108 TFUE, las

medidas de ayuda adoptadas por Rumanía a partir de su adhesión a la Unión, el Tribunal de Justicia recuerda que las ayudas de Estado deben considerarse concedidas, en el sentido del art. 107 TFUE, ap. 1, en la fecha en que se confiere al beneficiario el derecho a percibir las ayudas en virtud de la normativa nacional aplicable. El dato determinante para establecer esta fecha se refiere a la adquisición por los beneficiarios de un derecho cierto a percibir esa ayuda y al compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder dicha ayuda. En efecto, esa es la fecha en la que tal medida puede dar lugar a una distorsión de la competencia capaz de afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros, en el sentido del art. 107 TFUE, ap. 1.

En el caso de autos, el Tribunal de Justicia señala que el derecho a la indemnización del perjuicio alegado por los inversores suecos, pese a tener su origen en la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales por parte de Rumanía, fue concedido únicamente por el laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013, que no solo declaró la existencia de tal derecho, sino que también cuantificó su importe. En efecto, esos inversores solo pudieron obtener el pago efectivo de la indemnización al término del procedimiento arbitral, aun cuando dicha indemnización pretenda reparar parcialmente el daño que alegan haber sufrido durante un período anterior a la adhesión de Rumanía a la Unión. Así pues, habida cuenta de que la medida de ayuda de que se trata fue concedida después de la adhesión de Rumanía a la Unión, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar que la Comisión no era competente *ratione temporis* para adoptar la Decisión controvertida con arreglo al art. 108 TFUE.

El Tribunal de Justicia precisa que la cuestión de si la indemnización concedida por el laudo arbitral puede constituir una ayuda de Estado, en el sentido del art. 107 TFUE, ap. 1, queda fuera de su competencia en el marco del recurso de casación, en la medida en que no fue examinada por el Tribunal General. Dicho esto, la competencia de que dispone la Comisión en virtud del art. 108 TFUE no puede depender en ningún caso del resultado del examen de esta cuestión, puesto que el control preventivo ejercido por la Comisión con arreglo a dicha disposición tiene en particular por objeto determinar si la indemnización controvertida constituye o no una ayuda de Estado.

Por último, el Tribunal de Justicia estima que el Tribunal General también incurrió en error de Derecho al declarar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16 carece de pertinencia en el caso de autos. En la sentencia *Achmea*, el Tribunal de Justicia declaró que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros conforme al 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. En efecto, mediante la celebración de un acuerdo de este tipo, 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.

Pues bien, en el caso de autos, consta que la indemnización solicitada por los inversores suecos se

refería también a daños supuestamente sufridos después de la fecha de adhesión de Rumanía a la Unión, a partir de la cual el Derecho de la Unión, en particular los arts. 107 TFUE y 108 TFUE, era aplicable a dicho Estado miembro. De este modo, la controversia planteada ante el tribunal arbitral no podía considerarse circunscrita en todos sus elementos a un período durante el cual Rumanía, al no haberse adherido todavía a la Unión, no estaba aún vinculada por las normas y los principios derivados de la sentencia *Achmea*. Además, consta que ese tribunal arbitral no forma parte del sistema judicial de la Unión, pues no se inscribe en el sistema de vías de recurso judicial que el art. 19 TUE, ap. 1, párrafo segundo, obliga a los Estados miembros a establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. En estas circunstancias, el consentimiento de Rumanía al sistema de arbitraje previsto por el TBI quedó sin objeto a raíz de la adhesión de este Estado miembro a la Unión.

Habida cuenta de todas estas consideraciones, el Tribunal de Justicia anula la sentencia recurrida en casación y devuelve el asunto al Tribunal General para que este se pronuncie sobre los motivos y alegaciones formulados ante él en relación con el fundamento de la Decisión controvertida, en particular la cuestión de si la medida a que esta se refiere cumple, desde el punto de vista material, los requisitos establecidos en el art. 107 TFUE, ap. 1.

[Véase, «*La problemática confluencia entre el ordenamiento jurídico europeo y el Derecho internacional de las inversiones: un capítulo más en la saga Micula*», *LA LEY: Unión Europea*, n.º 103, mayo 2022]

Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales extranjeros

# Argentina

## La Corte Suprema Argentina confirma la Ejecución de un laudo arbitral extranjero en el asunto Milantic Trans SA

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 5 de agosto de 2021, Milantic Trans SA c. Ministerio de la Producción (Astillero Río Santiago y otros)



**Roberto Carlos Hermida**

*Representante en la Argentina de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje*

*roberto.hermida@stampaabogados.com*

[...]

*1o) Que en primer lugar resulta necesario sintetizar algunos aspectos de la tramitación de la causa que son relevantes para la decisión que debe adoptar esta Corte.*

*En su escrito inicial la provincia demandada se opuso al progreso del pedido de reconocimiento y ejecución de su contraria argumentando que no se había verificado la aprobación del contrato de construcción naval por ley especial y que el laudo arbitral resultaba violatorio del orden público interno. Tales defensas fueron rechazadas expresamente en la sentencia de fs. 370/388, que solo fue recurrida en lo que respecta a la condena en costas. No obstante ello, la cámara de apelaciones revocó el reconocimiento del laudo arbitral por considerar que no hubo aprobación legislativa del contrato por parte de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. La Suprema*

*Corte de Justicia provincial convalidó esta decisión en el entendimiento de que el artículo V.2 de la Convención de Nueva York habilitaba a los tribunales a examinar de oficio la violación del orden público argentino.*

*Por lo tanto, el punto central a dilucidar es si la facultad prevista en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York, que habilita a los jueces locales a denegar una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero con fundamento en razones de orden público, los autoriza a reintroducir de oficio defensas que habían sido planteadas y rechazadas en primera instancia con carácter firme.*

*11) Que en lo que aquí interesa el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York dispone que «también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba (...) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país». La mencionada convención no define qué debe entenderse por «orden público» sino que lo deja librado a los jueces del Estado en el que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.*

*Más allá del alcance que corresponda otorgarle a la noción de orden público en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la interpretación de la Convención de Nueva York, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27). Así lo ha sostenido de manera reiterada esta Corte (Fallos: 316:1669, «Fibraca» [publicada en DIPr Argentina el 11/02/07], considerando 3º; Fallos: 320:1166, «Cafés La Virginia S.A.» [publicada en DIPr Argentina el 09/02/07], considerando 9º; 340:47, «Fontevicchia», considerando 16).*

*Esta obligación general que debe observarse en la interpretación de todo tratado internacional se ve reforzada en este caso por cuanto el Congreso de la Nación, al momento de aprobar la mencionada convención mediante ley 23.619, dispuso que, al depositarse el instrumento de ratificación, debía formularse la siguiente declaración «la presente convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella» (artículo 2º). Tal declaración fue efectivamente realizada por el presidente Raúl Alfonsín al momento de ratificar la convención en nombre y representación del Gobierno argentino el 18 de noviembre de 1988.*

*Por ello, la facultad de los jueces locales de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral con fundamento en la causal de orden público (artículo V.2 de la Convención de Nueva York) debe ejercerse observando los principios de derecho público de nuestra Constitución.*

*Dentro de estos principios se encuentra el debido proceso adjetivo (artículo 18, Constitución Nacional) que, a su vez, ha sido calificado como integrante del orden público internacional argentino al que debe conformarse no solo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República*

Argentina (Fallos: 319:2411, «Riopar SRL», considerando 5°; Fallos: 336:503, «Aguinda Salazar», considerando 4° [publicada en DIPr Argentina el 05/06/13]).

12) Que, sobre esta base, es importante destacar que esta Corte ha resuelto que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304:355; 327:3495; 338:552, entre muchos otros).

En sentido análogo, este Tribunal ha juzgado que la sentencia que aplicó normas de orden público desconociendo una decisión firme dictada con anterioridad en el mismo proceso que había rechazado tal pretensión resulta violatoria de la garantía de la defensa en juicio e impone su descalificación como acto judicial válido (causa CSJ 38/2012 (48-O)/CS1 «Ortega, Arturo Indolfo», del 20 de agosto de 2014).

13) Que el carácter constitucional de los principios mencionados, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea «que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias» (Fallos: 315:106; 329:5903 y 338:552). En este mismo orden de ideas, se ha señalado que si bien es exacto que la facultad de suplir el derecho autoriza a los jueces a calificar autónomamente los hechos del caso y a subsumirlos en las normas jurídicas que lo rijan (*iura novit curia*), esa facultad reconoce excepción respecto de los tribunales de alzada, en el ámbito de los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia. Los tribunales de apelación no pueden exceder —en materia civil— la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación esta que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 307:948; causa CSJ 1698/2005 (41-A)/CS1 «Abrego, Jorge Eduardo c/ Encotel s/ demanda laboral (accidente de trabajo)», sentencia del 27 de noviembre de 2007).

14) Que, finalmente, cabe recordar que la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello, salvo en los supuestos excepcionales en los que se ha admitido la nulidad de un pronunciamiento judicial firme, no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Fallos: 299:373; 301:762; 302:143; 311:495; 312:376; 338:599, entre muchos otros).

15) Que, en el caso, las razones brindadas tanto por la máxima instancia jurisdiccional local como por la cámara que la precedió en su intervención no resultan suficientes para apartarse de los principios rectores precedentemente enunciados. En efecto, el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia dictada en primera instancia se orientó exclusivamente a cuestionar la imposición de las costas dispuesta por el magistrado, y no contiene siquiera un

*pasaje que permita sostener que por su intermedio se intentó objetar lo decidido sobre el fondo del asunto. Es decir que, «el modo en que había sido articulada la impugnación» —como sostuvo la cámara para justificar su decisión—, no forzaba a ese tribunal a examinar la pretensión principal, sino que, por el contrario, excluía tal posibilidad y solo lo autorizaba a revisar la cuestión atinente a las costas.*

*16) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no pudo soslayar tal circunstancia y convalidar lo decidido a partir de la invocación de lo resuelto por esta Corte en Fallos: 335:2333 («Rodríguez Pereyra») pues en ese precedente se sostuvo que el control de constitucionalidad de oficio presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes (ver considerando 13; doctrina reiterada en Fallos: 337:179, considerando 7º). En consecuencia, debió advertir que tales recaudos de admisibilidad y fundamentación no fueron satisfechos por la demandada, quien, como se dijo anteriormente, solo cuestionó la sentencia de primera instancia respecto del modo en que habían sido impuestas las costas, sellando de esta forma cualquier posibilidad de revisión de otros aspectos del fallo en instancias posteriores.*

*17) Que, en consecuencia en el particular marco reseñado, la intervención oficiosa de los tribunales locales —justificada en una supuesta violación al orden público— implicó un desconocimiento del principio de congruencia y la cosa juzgada, cuya raigambre constitucional ha sido reconocida por esta Corte y su respeto se ha entendido como una exigencia del orden público con jerarquía superior.*

*18) Que, finalmente, corresponde señalar que todo lo hasta aquí expuesto es sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudiera caberle a los profesionales que actuaron en esta causa en representación de Astilleros Río Santiago y de la Provincia de Buenos Aires por la actitud poco diligente en la defensa de los intereses de sus representados. Conducta que, por lo demás, motivó la orden de la Corte Provincial de extraer fotocopias de las actuaciones y remitirlas a la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio de Investigaciones Complejas del Departamento Judicial de La Plata (confr. fs. 529 vta./530).*

*Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas en el orden causado atento a la naturaleza de las cuestiones debatidas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.— C. F. Rosenkrantz. E. I. Highton de Nolasco. Esta decisión cuenta con*

*Esta decisión cuenta con Voto de los señores ministros doctores don Juan Carlos Maqueda y don Ricardo Luis Lorenzetti.*

NOTA. El caso *Milantic* (1) . Un laudo que recorrió 18 años de proceso, logra alcanzar su



reconocimiento efectivo según los términos de la Convención de Nueva York, luego de una esclarecedora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Ratificando una vez más la preservación de los derechos básicos del debido proceso adjetivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN), ha declarado expresamente que todos los principios que gobiernan este proceso y en especial el de «cosa juzgada» y el de «congruencia», sustentados en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, son aplicables también a la ejecución de laudos Arbitrales, dentro del marco de la Convención de Nueva York, aprobada por la Ley 23619 del 28 de setiembre de 1988. La sentencia del superior tribunal nacional pone así un freno a la determinación de nulidades de oficio, que puedan estar vinculadas a cuestiones de orden público, cuando estas causales no hayan sido debidamente planteadas o ejercidas en forma oportuna por la parte ejecutada, como sucede en este caso, donde la sentencia de primera instancia, que declaró la validez y ejecutabilidad del laudo no fue apelada en las instancias superiores en debida y oportuna forma.

La CSJN ratificó aquí pronunciamientos anteriores, y afirmó una vez más, que la justicia local, si bien tiene discrecionalidad para determinar qué es «orden público», según el artículo V.2 «b» de la Convención de Nueva York, solo puede hacerlo en la medida que ese cuestionamiento haya sido introducido y fundado en debida forma por el impugnante, dando así valor al pleno ejercicio del derecho de defensa del ejecutado durante las instancias inferiores, o en oportunidad de recurrir en apelación a las instancias superiores intentando modificar lo resuelto. La sentencia final de la CSJN, ha sostenido que ya no hay posibilidad de modificación cuando la decisión pasó a ser cosa juzgada, en razón de que la demandada, —el Ministerio Público Provincial— no apeló la decisión de reconocimiento y ejecución del laudo sobre el fondo, sino únicamente la decisión en materia de costas.

Los principios del debido proceso adjetivo la CSJN vuelven a ser calificados como integrantes del orden público internacional argentino:

*«...al que debe conformarse no solo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en la sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina» (considerando 11 in fine).*

El fallo más adelante destaca que la jurisdicción de las cámaras de apelación está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, quedando así determinado el ámbito de su facultad decisoria, por lo cual, prescindir de esta limitación infringe el principio de congruencia.

En consecuencia;

*«...la sentencia que aplicó normas de orden público desconociendo una decisión firme dictada con anterioridad en el mismo proceso que había rechazado tal pretensión resulta violatoria de la garantía de la defensa en juicio e impone su descalificación como acto judicial válido...»*

(considerando 12)

La CSJN reivindica la facultad de los jueces de suplir el derecho y a calificar autónomamente los hechos del caso, subsumiéndolos a las normas jurídicas que lo rijan (*iura novit curia*), pero esta facultad no le reconoce a los tribunales de alzada, la posibilidad de alterar los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia.

*«...Los tribunales de apelación no pueden exceder —en materia civil— la jurisdicción devuelta por los recursos deducidos ante ellos, limitación esta que tiene jerarquía constitucional...»*

(considerando 13)

De esta manera, la CSJN nos recuerda que la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales del régimen constitucional y por ello,

*«...salvo en los supuestos excepcionales en los que se ha admitido la nulidad de un pronunciamiento judicial firme, no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior...»* (considerando 14)

Son varias las reflexiones que surgen a partir de examen y lectura de este fallo de la SCJN de Argentina, pero las más importantes son, por una parte la buena noticia de que la CSJN ha resuelto en forma concreta, que estos principios rectores del derecho, sin lugar a dudas también resultan aplicables frente a una la ejecución de un laudo arbitral, según los términos de la Convención de Nueva York.

La mala noticia, ha sido que, frente a un planteamiento muy particular del caso, su desarrollo implicó que un laudo dictado en noviembre de 2004, no pudo ser ejecutado como corresponde en un muy prolongado período.

Como conclusión, podemos afirmar que claramente existe para la Justicia Nacional en la Argentina, una plena equiparación de los procesos, que resuelven cuestiones locales en la justicia ordinaria, con aquellos traídos a esta jurisdicción por la vía de execuátur a los fines de ejecutar un laudo arbitral dictado en un país deferente bajo los términos de la Convención de Nueva York de 1958.

.....

(1)

*«Milantic Trans S.A. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ ejecución de sentencia — recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad»* CSJ 1460/ 2016/CS1

[Ver Texto](#)

# Bélgica

## La jurisdicción belga anula un laudo arbitral en un arbitraje de inversiones entre MSC y la República de Polonia (PCA Case nº2015-18)

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia francófono de Bruselas,  
Sección Civil, 4ª Sala, 18 de febrero de 2022 (19/3390/A)

[...]

### 4. Examen en l'espèce

#### 4.1. Analyse de la sentence litigieuse

62. Concernant la notion de déni de justice, le tribunal arbitral a notamment examiné la sentence dans l'affaire Arif en considérant que «des expressions telles que "gravement erronée" ou "dépourvu de raison" utilisées par le tribunal de l'affaire Arif indique un seuil qui rappelle le déni de justice tel que conçu en droit international coutumier» (1) . Le tribunal arbitral n'a pas retenu d'élément intentionnel, tel que la mauvaise foi, pourtant retenue dans l'affaire Arif.

63. Le tribunal arbitral a également relevé qu'il ressort de la pratique des tribunaux arbitraux qu'«un seuil élevé est appliqué pour déterminer une violation du TJE par les juridictions nationales» et que «l'évaluation du seuil est guidée par les faits et la flagrance des faits» (2) .

64. Enfin, le tribunal arbitral a déclaré que le traitement arbitraire et discriminatoire par les juridictions, leur conduite incohérente et l'ingérence de l'Etat dans les procédures judiciaires étaient directement liés à l'allégation de déni de justice, pour conclure qu'il examinera chacun de ces moyens afin de vérifier si, en l'espèce, un déni de justice a été commis (3) .

65. Le tribunal arbitral examine ensuite les mesures présentées comme arbitraires et déraisonnables par MSC, soit:

L'octroi d'hypothèques obligatoires aux acheteurs potentiels;

L'ordonnance de saisie du Procureur du 26 octobre 2009;

L'arrêt Wierzbowa de la Cour suprême du 9 février 2012;

Le transfert de propriété des appartements aux acheteurs potentiels.

66. Concernant les hypothèques obligatoires, le tribunal arbitral a estimé que la Cour suprême avait donné une interprétation cohérente du droit et que le grief de MSC était sans fondement.

67. Concernant l'ordonnance de saisie du Procureur annulée par le Tribunal Régional de Cracovie, le tribunal arbitral a estimé que MSC ayant fait usage avec succès du recours prévu par le droit polonais, la responsabilité internationale ne pouvait résulter du comportement d'un agent de l'Etat auquel le système judiciaire de cet Etat avait remédié.

68. Concernant le transfert du droit de propriété au acheteurs potentiels, le tribunal arbitral a uniquement déclaré qu'il «juge surprenant que le transfert de propriété, qui n'était assorti d'aucune motivation du Curateur, soit approuvé par le Juge-commissaire» (4), sans en tirer d'autre conséquence.

69. Enfin, le tribunal arbitral analyse l'arrêt Wierzbowa du 9 février 2012. A cet effet, il retranscrit d'abord les conclusions de la décision de la Cour suprême (5) dont il ressort que la Cour exposait:

- que les circonstances factuelles établies par les juridictions du fond permettaient de constater —contrairement à l'opinion de la Cour d'appel— que les trois hypothèques mises en cause avaient été constituées en violation des principes de coexistence sociale garantis par l'article 58, alinéa 2 du Code civil polonais (ci-après les «PCS»);
- que la Cour d'appel a considéré à torts qu'avant l'entrée en vigueur d'une loi du 16 septembre 2011 visant à protéger les clients de promoteurs immobiliers, les juridictions ne pouvaient trouver dans les lois existantes, et notamment dans l'article 58 alinéa 2 CCP, une protection adéquate aux acquéreurs d'unités d'habitation distinctes;
- que la Cour d'appel s'est bornée à torts à considérer qu'en constituant ses hypothèques pour protéger ses droits de créanciers, MSC avait adopté un comportement neutre du point de vue des PCS;
- que la Cour d'appel aurait dû tenir compte des circonstances dans lesquelles ces hypothèques avaient été constituées pour évaluer leur impact sur les PCS;
- que ces circonstances étaient en l'espèce l'existence de clauses dites négatives dans les accords préliminaires des acheteurs potentiels, le caractère malhonnête de ces clauses imposées par le promoteur, la connaissance par MSC de ces clauses négatives et leur prise en compte par cet investisseur dans son calcul légal et économique;
- que ces circonstances ne permettaient pas à la Cour d'appel de charger les acheteurs potentiels de la totalité du risque d'échec de l'investissement lié à une activité menée à grande échelle avec de fortes garanties;
- que dans les circonstances qui lui étaient soumises, la Cour d'appel a considéré à torts que la constitution des hypothèques ne violait pas les PCS.

70. *La Cour suprême concluait que «l'activité économique non responsable et non rationnelle du promoteur immobilier, qui a entraîné la constitution d'une hypothèque en faveur d'un seul créancier majeur, contrairement aux dispositions des accords préliminaires et en conséquence l'autorisation pour le défendeur MSC de "prendre l'initiative" visant l'achèvement de l'investissement (...) peut être qualifiée comme comportement malhonnête, qui n'est pas conforme aux principes de coexistence sociale et aux règles déontologiques des promoteurs immobiliers (art. 58 alinéa 2 du Code civil polonais)» (6) .*

71. *Le tribunal arbitral développe ensuite son analyse de l'arrêt Wierzbowa en précisant (7) :*

- *qu'il n'est pas dans son rôle de remettre en question l'interprétation des PCS par la Cour suprême, et que la seule question est celle «de savoir si la Cour suprême, chacune des fois où elle a examiné l'hypothèque Wierzbowa, l'hypothèque Kijowska (affaires Glinski et Vectis) et l'hypothèque PKO, a appliqué la même distinction dans l'exercice de sa fonction de cour de cassation et, si ce n'est pas le cas, si cela s'élève à un déni de justice, et donc une violation du TJE» (8) ;*
- *qu'«il ne s'agit pas tant de savoir si ce qu'a fait la Cour Suprême était une évaluation juridique des faits ou un exercice de recherche des faits, ou si, dans un des cas et pas dans l'autre sa décision doit être par conséquent considérée comme arbitraire. Ce qui reste totalement inexpliqué, c'est pourquoi un tel exercice serait nécessaire dans le cas de l'Hypothèque Wierzbowa, mais pas dans le cas de l'Hypothèque Kijowska (affaires Glinski et Vectis) ou de l'Hypothèque PKO. Une telle approche différente concernant les nationaux polonais ou des entités étrangères est arbitraire, étant donné qu'elle n'a pas de justification rationnelle» (9) ;*
- *que «dans son examen de ces affaires (entendez les affaires Glinski et Vectis), il ne se penchera pas sur la question de savoir si les décisions de la Cour suprême portant sur l'applicabilité des PCS à la lumière du Code civil polonais sont cohérentes. Le Tribunal limitera son analyse à l'inconséquence alléguée de la Cour suprême dans son appréciation de la question de savoir si elle était liée ou non par les faits établis par les tribunaux inférieurs; une question qui, comme mentionné ci-avant, soulève la question du procès équitable» (10) ;*
- *qu'au terme d'un examen au fond sur les éléments factuels distinctifs retenus par la Cour d'appel — suivis par la Cour suprême — dans l'affaire PKO, il n'était pas convaincu par les raisons avancées par la Partie défenderesse pour distinguer l'hypothèque PKO de celle de Wierzbowa et, partant pour justifier le traitement différent de PKO et de celui de Manchester. De même, le Tribunal n'est pas convaincu par l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire PKO confirmant l'analyse faite par la Cour d'appel, à savoir qu'il y avait des facteurs distinctifs expliquant pourquoi l'hypothèque Wierzbowa a été examinée par la Cour suprême à la lumière des PCS alors que l'hypothèque PKO n'a pas fait l'objet d'un tel examen» (11) ;*
- *qu'«il ne s'agit pas de savoir si la Cour suprême a commis une erreur procédurale, mais bien si l'erreur a été commise de manière sélective pour justifier un jugement au détriment de MSC défendeur dans l'affaire de l'hypothèque Wierzbowa et demandeur dans l'affaire Glinski» (12) ;*

- que «la défenderesse {la RdP} a manqué à son obligation d'accorder à la Demanderesse {MSC} le même traitement qu'à PKO» (13) ;
- que «l'absence de justification devient plus évidente lorsque l'on compare (...) avec le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire Glinski par lequel cette Cour a confirmé les faits établis par la Cour d'appel» (14) ;
- qu'«il y a eu discrimination contre le Demandeur en ce qui concerne l'hypothèque Wierzbowa» (15) .

2. Le tribunal arbitral considère en revanche :

- qu'il n'y a pas eu d'immixtion de la Pologne dans la procédure judiciaire, ni par le fait du procureur de Cracovie, ni par celui des Députés ou le Parlement dans son ensemble, ni par le Conseiller général de la République;
- qu'il n'y avait pas eu d'atteinte aux attentes légitimes de MSC, à défaut dans son chef d'attentes spécifiques protégées par le droit international.

73. Enfin, le tribunal arbitral conclut son raisonnement comme suit :

«497. Le Tribunal a conclu que l'investissement du Demandeur a fait l'objet d'un traitement arbitraire et discriminatoire. Ce traitement s'est-il élevé au niveau d'un déni de justice? La Cour Suprême a jugé que «les états de conscience humaine tels que la volonté, le but de l'action et l'intention des parties à l'accord, constituent des éléments des constatations factuelles exclus du contrôle par voie de pourvoi en cassation». Nonobstant cette conclusion, dans l'affaire Wierzbowa, la Cour Suprême a examiné les constatations de fait de la Cour d'Appel. De manière différente de la Cour d'Appel, la Cour Suprême a conclu que Leopard avait agi de manière malhonnête, et que le Demandeur avait conspiré avec le comportement malhonnête de Leopard contre les Acheteurs potentiels. Ceci fut une des conclusions clés sur la base de laquelle la Cour Suprême a invalidé l'Hypothèque Wierzbowa.

498. De plus, l'appui de la Cour Suprême sur de nouvelles constatations de fait différentes de celles de la Cour d'Appel a résulté en une violation du droit au procès équitable au détriment du Demandeur, contre laquelle il n'a pas eu l'occasion de présenter des preuves ou des arguments juridiques. Dans ces circonstances et de l'avis du Tribunal, la conclusion selon laquelle le Demandeur a conspiré de manière malhonnête avec Leopard contre les Acheteurs potentiels est particulièrement choquante. Pour ces motifs, le Tribunal conclut que la Partie défenderesse a violé la norme du TJE en commettant un déni de justice en relation avec l'investissement du Demandeur» (16) .

#### 4.2. Appréciation

74. La lecture de la sentence démontre que le tribunal arbitral a déduit l'existence d'un déni de justice de la position adoptée par la Cour suprême sur l'application par les Cours d'appel des PCS

*aux circonstances qui leur étaient soumises, dans les quatre arrêts Wierzbowa, PKO, Glinski et Vectis.*

*75. Ce faisant, le tribunal arbitral n'a manifestement pas respecté le estándar exigeant de la notion de déni de justice en droit international.*

*76. En effet, le tribunal arbitral n'a constaté aucun dysfonctionnement du système judiciaire polonais dans son entier et a, au contraire, considéré que ce système judiciaire avait bien fonctionné à propos des hypothèques obligatoires et du comportement du Procureur, et écarté les allégations d'interférence et d'atteinte aux attentes légitimes de MSC.*

*77. Par ailleurs, la sentence arbitrale n'évoque nulle part une quelconque manœuvre frauduleuse ou mauvaise foi dans le chef de la Cour suprême.*

*78. En l'absence de défaillance globale du système judiciaire ou de manœuvres frauduleuses, à tout le moins était-il indispensable de constater des manquements flagrants dans le chef des juridictions polonaises.*

*79. En l'espèce, le tribunal arbitral a fondé sa décision sur les différences entre les quatre arrêts précités de la Cour suprême pour conclure au caractère discriminatoire de l'arrêt Wierzbowa.*

*80. Or, une discrimination ne se déduit pas de la seule différence entre des décisions prises par une Cour à plusieurs années d'intervalle, dans un système juridique qui ne connaît pas la règle du précédent, dans des litiges aux finalités distinctes (actions en annulation d'hypothèque ou action en exécution d'hypothèque), et où les parties n'ont pas toujours eu la même position (17).*

*81. Ainsi, le fait que, dans l'affaire Wierzbowa, la Cour suprême ait estimé que la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision sur base des circonstances factuelles de l'espèce, n'est pas en soi incompatible avec le fait que, dans les affaires PKO et Vectis, la Cour suprême a estimé que la Cour d'appel avait pu légalement déduire des circonstances factuelles propres à ces litiges que les PCS n'étaient pas violés. L'appréciation de la Cour suprême dans l'arrêt Wierzbowa n'est pas plus incompatible avec l'arrêt Glinski au terme duquel la Cour suprême a également considéré que la Cour d'appel n'avait pu légalement valider l'hypothèque de MSC au regard des PCS.*

*82. Par ailleurs, le tribunal de céans constate qu'alors même qu'il déclare refuser d'analyser l'interprétation des PCS par la Cour suprême (18), le tribunal arbitral a néanmoins examiné de manière approfondie les facteurs distinctifs entre les hypothèques Wierzbowa et PKO qui ont pu conduire la Cour suprême à adopter des solutions différentes sur la portée des PCS (19).*

*83. Or, l'examen au fond de ces facteurs distinctifs opéré par le tribunal arbitral ne permet pas de constater qu'il disposait d'éléments flagrants pour pouvoir conclure à une discrimination manifeste, et partant, à un déni de justice.*

*84. Au contraire, en opérant ce contrôle approfondi des différents critères pris en compte pour l'application des PCS, le tribunal arbitral s'est érigé en juge d'appel de la Cour suprême en sortant*

*de son appréciation nécessairement marginale du comportement de la haute juridiction polonaise.*

*85. Pour autant que de besoin, le caractère critiquable ou erroné d'une seule décision judiciaire ne suffit pas, en soi, à démontrer la défaillance d'un système judiciaire dans son ensemble, ni même une discrimination manifeste révélatrice d'un déni de justice en droit international.*

*86. Autrement dit, à la supposer établie —quod non—, l'erreur de droit ou procédurale commise par la Cour suprême dans l'arrêt Wierzbowa ne pouvait raisonnablement suffire à établir l'existence d'un déni de justice en droit international.*

*87. Dès lors, il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent que le tribunal arbitral n'a pu raisonnablement considérer qu'au terme de son arrêt Wierzbowa, la Cour suprême avait adopté une attitude manifestement discriminatoire à l'égard de MSC engageant la responsabilité de la Pologne pour un déni de justice commis par sa plus haute juridiction.*

*88. Par conséquent, parce qu'elle condamne la Pologne pour un déni de justice de la part de sa Cour suprême qui n'est manifestement pas établi, la sentence arbitrale porte atteinte à l'ordre public international belge.*

*89. La demande d'annulation de cette sentence est dès lors fondée, en application de l'article 1717, §3, b); ii) du Code judiciaire.*

\* \* \*

*90. Dans la mesure où aucun des autres moyens d'annulation développés par la Pologne ne pourra mener à une décision différente de celle reprise au dispositif ci-dessous, il n'y a pas lieu de les examiner.*

#### 5. Quant à l'indemnité de procédure

*91. La Pologne sollicite la condamnation de MSC à payer une indemnité de procédure de 12.000 €, ce qui correspond au montant maximal pour un litige dont l'enjeu n'est pas évaluable en argent.*

*92. Le tribunal peut, en vertu de l'article 1022 du Code judiciaire, augmenter l'indemnité de procédure en tenant compte du caractère manifestement déraisonnable de la situation et de la complexité de l'affaire.*

*93. En l'espèce, chacune des parties impute à l'autre la complexification de l'affaire qui, dans son principe, n'est donc pas contestée et justifie la majoration de l'indemnité de procédure au montant de 12.000 €.*

#### IV. Decision

*94. Compte tenu des motifs exposés ci-dessus, le Tribunal, statuant contradictoirement;*

*95. Déclare la demande de la République de Pologne recevable et fondée;*



96. *En conséquence, annule la Sentence arbitrale prononcée le 7 décembre 2018 entre MSC et la République de Pologne et portant le numéro de dossier PCA Case n°2015-18;*

97. *Condamne MSC aux dépens liquidés dans le chef de la République de Pologne à 12.380,02 € (380,02 € citation + 12.000 € IP);*

98. *En application de l'article 2692 du Code des droits d'enregistrement, d» hypothèque et de greffe, condamne MSC à payer à l'Etat belge le droit de mise au rôle (165 €);*

*Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 4ème chambre du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, le 18 février 2022 où étaient présents et siégeaient : Mme Sabine Malengreau, juge unique Assistée-de Mme Leila Khaled, greffier.*

.....

- |     |                                                                                                   |           |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| (1) | Sentence arbitrale, n°4 l 5, passages soulignés par les arbitres, traduction libre non contestée. | Ver Texto |
| (2) | Sentence arbitrale, 11°423, traduction libre non contestée                                        | Ver Texto |
| (3) | Sentence arbitrale, n°424.                                                                        | Ver Texto |
| (4) | Sentence arbitrale, 11°447, traduction libre non contestée.                                       | Ver Texto |
| (5) | Sentence arbitrale, 11° 101.                                                                      | Ver Texto |
| (6) | <i>ibid.</i>                                                                                      | Ver Texto |
| (7) | Les passages en gras sont le fait du tribunal.                                                    | Ver Texto |
| (8) | Sentence arbitrale, n°44 l, traduction libre non contestée.                                       | Ver Texto |

- (9) Sentence arbitrale, nº445, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (10) Sentence arbitrale, nº475, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (11) Sentence arbitrale, 11º466, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (12) Sentence arbitrale, 11º480, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (13) Sentence arbitrale, 11º468, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (14) Sentence arbitrale, nº467, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (15) Sentence arbitrale, nº484, traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (16) Traduction libre non contestée.  
[Ver Texto](#)
- (17) L'arrêt Wierzbowa a été rendu en février 2012 et fut le premier à examiner l'incidence des PCS sur la situation globale de la faillite Leopard. Ce n'est qu'à la suite des arrêts Glinski, PKO puis Vectis I et II que la Cour suprême a affiné sa position tout en insistant sur l'analyse nécessairement casuistique du respect des PCS.  
[Ver Texto](#)
- (18) Voir Sentence arbitrale, nº 439.  
[Ver Texto](#)
- (19) Voir les paragraphes 459 à 465 de la Sentence arbitrale.  
[Ver Texto](#)

# Francia

## La Cour d'Appel de París confirma que un laudo CCI definitivo anulado en Bénin debe ser reconocido y ejecutado en Francia

Sentencia de la Cour d'appel de Paris — ch. commerciale — 11 janvier 2022  
— nº 20/17923 (République du Bénin / Société Generale de Surveillance,  
S.A.)

Un contrato entre el Estado de Benín y SGS contenía una cláusula de arbitraje que preveía el arbitraje según el Reglamento de Arbitraje de la CCI en caso de litigio entre las partes. Durante la vigencia del contrato, Benín pagó inicialmente las facturas a SGS. Sin embargo, en 2015, Benín alegó que el contrato era nulo y, por lo tanto, dejó de realizar los pagos. El 31 de enero de 2017, SGS presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI reclamando el pago de las facturas impagadas y una indemnización a Benín. Sin embargo, mientras el procedimiento de arbitraje estaba en curso, Benín inició un procedimiento ante los tribunales nacionales de Benín para anular el contrato 13 de febrero de 2017.

El 27 de febrero de 2020, la CCJA revocó la sentencia del Tribunal de Apelación de Uagadugú y anuló el laudo dictado por el tribunal arbitral el 6 de abril de 2018 declarándose competente. Pero mientras tanto, el tribunal arbitral de la CCI había dictado su laudo definitivo el 31 de marzo de 2019 en favor de SGS. El Tribunal rechazó los argumentos de Benín y, entre otras cosas, condenó a Benín a pagar 6.990.761,11 euros a SGS por las facturas impagadas.

La República de Benín presentó entonces un recurso ante el Tribunal de Apelación de Uagadugú para anular el laudo final dictado por el tribunal arbitral y el 20 de diciembre de 2019, el Tribunal de Apelación de Uagadugú anuló el laudo definitivo.

Sin embargo, mediante una ordenanza del Tribunal de Grande Instance de París de fecha 24 de mayo de 2019, se había concedido el exequátur al laudo arbitral definitivo de la CCI dictado el 31 de marzo de 2019, permitiendo la ejecución del laudo definitivo en Francia.

Por ello, Benín recurrió esta ordenanza de exequátur del laudo arbitral ante el Tribunal de Apelación de París el 10 de diciembre de 2020.

[...]

### II. Motifs de la décision

*Sur les demandes de reconnaissance des décisions étrangères;*

*22. La société SGS soutient que les demandes de la République du Bénin de reconnaissance ou d'exequatur des jugements et arrêts béninois ou burkinabés, à supposer qu'elles puissent être qualifiées de demande, sont irrecevables devant la cour saisie de l'appel d'une ordonnance d'exequatur, cette dernière n'étant pas compétente pour se prononcer sur l'exequatur d'un jugement étranger, qui relève d'une procédure distincte.*

*23. Elle considère que si toutefois cette demande incidente devait être retenue, les conditions nécessaires à leur reconnaissance ne sont pas remplies dès lors que ces demandes sont contraires aux accords bilatéraux de coopération judiciaire. Elle soutient notamment que les conditions requises par l'Accord de coopération en matière de justice entre la France et le Bénin du 27 février 1975 (l'« Accord de coopération franco béninois ») ne sont pas réunies dans la mesure où les décisions des juridictions béninoises sont de nature administrative et que celles-ci sont exclues de l'accord.*

*24. Elle ajoute que la reconnaissance de ces décisions ne peut jouer dans la mesure où elles ne répondent pas aux conditions posées par ces textes en ce qu'elles ont été rendues par des juridictions incompétentes à raison de la clause compromissoire contenue à l'article 18 du Contrat et qu'elles violent les principes d'ordre public que sont les droits de la défense et le droit à un procès équitable de SGS à laquelle il a été refusé de soumettre sa défense et de faire valoir l'existence d'une clause compromissoire dès la première instance.*

*25. S'agissant enfin de « l'effet de fait » des jugements étrangers, qui ne requiert pas de reconnaissance du jugement, elle précise que celui-ci ne permet de prendre en compte que les éléments factuels et qu'il en est autrement des effets normatifs nécessitant la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée devant donner lieu à une demande de reconnaissance, dont la recevabilité est soumise aux conditions sus rappelées qui ne sont pas réunies.*

*26. En réponse, la République du Bénin indique qu'elle ne demande pas à la cour d'accorder l'exequatur des décisions de justice étrangères mais leur reconnaissance et rappelle que les conventions bilatérales applicables ne conditionnent pas les effets des décisions de justice à l'exequatur accordée par le président du tribunal de première instance du lieu où l'exécution est poursuivie. Elle soutient que selon l'article 44 de l'accord franco béninois, les décisions de justice rendues sur le territoire béninois ont de plein droit autorité de chose jugée sur le territoire français, que la décision rendue par le TPI de A qui s'est reconnu compétent et qui a annulé le Contrat remplit toutes les conditions pour être reconnue de plein droit et avoir autorité de chose jugée sur le territoire français, qu'il en est de même pour l'accord franco burkinabé et pour les décisions rendues par les juridictions burkinabés ayant annulé les sentences qui doivent être reconnues de plein droit sans qu'il soit besoin d'en demander l'exequatur. Elle conteste que le principe de l'autonomie de l'arbitrage international relève de l'ordre public français. En tout état de cause, elle soutient que tout juge français peut apprécier à titre incident la régularité internationale d'un jugement étranger et sa reconnaissance dès lors qu'ils en remplissent les conditions, ce qui est le cas en l'espèce. Elle fait valoir les effets de fait et de droit qui découlent des décisions*

*susmentionnées, à savoir que le Contrat est nul et que la sentence arbitrale finale a été annulée. Elle soutient enfin qu'il résulte de l'aveu même de la société SGS qui a formé des recours contre ces décisions qu'elle leur reconnaît l'autorité de chose jugée, rendant dès lors impossible l'exequatur de la sentence arbitrale finale.*

*Sur ce,*

*27. En l'espèce, la République du Bénin soutient en substance que du fait des décisions étrangères précitées qui doivent être reconnues en France, d'une part, la sentence finale a été rendue par un tribunal arbitral incompétent et d'autre part, la reconnaissance ou l'exécution en France de la sentence finale est contraire à l'ordre public international.*

*28. Cependant, une sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées.*

*29. En conséquence, la reconnaissance en France d'une sentence rendue à l'étranger est examinée au regard des règles applicables en France, et l'annulation de ladite sentence par les juridictions du siège n'emporte aucune conséquence sur sa reconnaissance.*

*30. En outre, indépendamment des règles applicables pour leur reconnaissance en France, dont le juge du contrôle peut être saisi incidemment, et à supposer même qu'elles soient en l'espèce réunies, les décisions de la cour d'appel de Ouagadougou ayant respectivement annulé la sentence partielle et la sentence finale au terme de deux décisions des 27 février 2020 et 20 décembre 2019, ou encore celles des juridictions de A ayant statué sur le fond du litige, ne sont donc pas de nature à, elles seules, à faire obstacle à l'examen par le juge du contrôle, au regard des seules règles applicables en France, de la demande d'exequatur de ces sentences en France, et précisément celle sollicitée portant sur la sentence finale.*

*31. Il convient dès lors d'examiner les moyens tirés de l'incompétence du tribunal arbitral et de la violation de l'ordre public international au regard des seuls articles 1520 et 1525 du code de procédure civile.*

*32. Il convient de rappeler qu'en application de l'article 1525 du code de procédure civile, la « décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel (\*). La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520 ».*

*Sur le moyen tiré de l'incompétence du tribunal arbitral*

*... soutient que deux juridictions ont déjà décidé que le tribunal arbitral était incompétent pour trancher ledit litige. Elle précise ainsi que le Tribunal de première instance (ci après le « TPI ») de A statuant en matière administrative s'est déclaré compétent par un jugement du 13 février 2017, confirmé par la Cour d'appel de Cotonou, par un arrêt du 12 mars 2020, et que la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada (ci après la « CCJA ») dont les décisions sont reconnues*

*internationalement, a jugé par un arrêt du 12 février 2020 que le tribunal arbitral était incompétent pour trancher le litige entre la République du Bénin et la société SGS. Elle soutient ainsi qu'un tribunal arbitral ne saurait se déclarer compétent pour rouvrir et trancher un débat antérieurement jugé par une juridiction étatique, laquelle s'est déclarée compétente pour juger le litige et a rendu une décision bénéficiant de l'autorité de chose jugée, dont elle rappelle qu'elle constitue un principe fondamental de justice.*

*34. En réponse, la société SGS soutient que le Tribunal arbitral s'est à juste titre déclaré compétent et que l'annulation de la sentence finale par la cour d'appel de Ouagadougou et par la CCJA est sans effet sur la reconnaissance et l'exécution de ladite sentence demandée en France. Elle rappelle en outre qu'en application de la commune volonté des parties, la clause compromissoire contenue au contrat conclu entre la société SGS et la République du Bénin le 5 décembre 2014, à laquelle les parties n'ont pas renoncé, justifie l'application des principes compétence compétence et de l'autonomie de la clause d'arbitrage.*

*35. En tout état de cause, la société SGS ajoute que les juridictions béninoises se sont déclarées à tort compétentes, au mépris desdits principes et ce en dépit des exceptions d'incompétence soulevées par la société SGS devant les juridictions locales. Elle soutient de plus, que le TPI de A a jugé la question de la compétence au mépris des droits de la défense et du droit à un procès équitable de la société SGS en ne lui permettant pas de conclure ou de présenter des observations orales lors de l'audience.*

*Sur ce,*

*36. Selon l'article 1520, 1° du code de procédure civile, le recours en annulation n'est ouvert que « si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (') ».*

*37. Le juge du recours contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage.*

*38. En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est juridiquement indépendante du contrat principal qui la contient ou s'y réfère, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique.*

*39. Ainsi, le fait qu'un juge étatique ait pu se déclarer compétent pour statuer sur un litige relatif à un contrat comportant une clause compromissoire n'est pas de nature à priver le juge du contrôle de la sentence arbitrale de l'appréciation qu'il doit opérer en vertu de la règle matérielle précitée de la compétence du tribunal arbitral, nonobstant les règles de reconnaissance en France applicables à l'égard de ce jugement étranger.*

*40. En l'espèce, il ressort des éléments produits que le Contrat litigieux contient, en son article 18, une clause compromissoire, dont la validité n'est pas contestée, qui stipule que*

*«Tout différend né de l'exécution du présent contrat et de ses annexes fait d'abord l'objet d'un règlement amiable, à l'initiative de l'une des deux parties qui saisit l'autre par un écrit en sollicitant l'ouverture des négociations dans un délai n'excédant pas quinze jours.*

*En cas d'échec du règlement amiable, les litiges, controverses ou réclamations nées du ou se rapportant au présent contrat ou à son interprétation sont soumis à un arbitrage selon le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris.*

*Le tribunal arbitral est composé de trois arbitres dont un est nommé par chacune des parties. Ces deux (02) arbitres désignent le troisième qui est le président du tribunal arbitral.*

*Faute d'accord entre les deux arbitres pour la désignation du troisième arbitre, président du tribunal arbitral, il y est pourvu par le recours à la Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris.*

*La Chambre de Commerce Internationale (CCI) de Paris est saisie à cet effet par la partie la plus diligente.*

*Le tribunal arbitral siège dans un pays de l'UEMOA autre que le Bénin. Le droit applicable est le droit Béninois. La sentence arbitrale rendue s'impose aux parties. »*

*46. Il est constant que le litige entre les parties est né de l'inexécution dudit Contrat par la République du Bénin, telle qu'alléguée par la société SGS, de sorte que le tribunal arbitral s'est à bon droit déclaré compétent pour statuer sur le litige au regard de la commune intention des parties.*

*47. En conséquence, le moyen sera rejeté.*

*Sur le moyen tiré de la violation de l'ordre public international pour non respect de l'autorité de chose jugée des décisions béninoises et burkinabés*

*... soutient que l'autorité de la chose jugée est un principe d'ordre public international, que l'inconciliabilité d'une sentence arbitrale avec une décision étrangère passée en force de chose jugée rendue antérieurement constitue une violation de l'ordre public international. Elle considère qu'en retenant sa compétence en méconnaissance du jugement du TPI de A du 13 février 2017 confirmé par la cour d'appel de Cotonou qui s'était déclaré compétent pour trancher le litige et qui a annulé le Contrat, le tribunal arbitral a rendu une sentence qui contrevient à l'ordre public international en violation de l'autorité de chose jugée des décisions judiciaires étatiques béninoises et de l'arrêt de la Cour d'appel d'Ouagadougou du 20 décembre 2019 ayant annulé la Sentence finale (ci après « les décisions burkinabés et béninoises ») et que dès lors, l'Ordonnance d'exequatur de la sentence finale heurterait les décisions susmentionnées et violerait l'ordre public international.*

*49. En tout état de cause, la République du Bénin fait valoir qu'il existe un risque de contrariété manifeste entre l'Ordonnance d'exequatur reconnaissant la sentence finale et les décisions*

*burkinabés et béninoises, le grief d'inconciliabilité pouvant se caractériser par une incompatibilité des motifs des décisions juridiques concernées. Or, en l'espèce le tribunal arbitral a rejeté la demande de nullité du Contrat ' et ce en contradiction avec le jugement du TPI de A qui a retenu la nullité du Contrat. Par conséquent, la confirmation de l'Ordonnance d'exequatur serait contraire à l'ordre public international.*

*50. En réponse, la société SGS rappelle que le contrôle de la violation de l'ordre public international se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation de l'ordre public alléguée. Elle fait valoir que la contrariété de décisions ne suffit pas à caractériser une violation de l'ordre public international, sauf si cette contrariété surgit au cours de la même instance ce qui n'est pas le cas en l'espèce ou si, s'agissant de jugements étrangers, ceux ci sont reconnus et revêtus de l'exequatur en France. Elle précise que les décisions béninoises et l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou du 20 décembre 2019 annulant la Sentence finale qui ne peuvent être reconnues en France n'ont pas fait l'objet d'exequatur et ne peuvent ainsi être qualifiés d'inconciliables avec la Sentence finale qui elle, bénéficie de l'exequatur.*

*Sur ce,*

*51. Il résulte de l'article 1520, 5° du code de procédure civile que l'appel contre une ordonnance d'exequatur d'une sentence internationale rendue à l'étranger porte sur la contrariété de la reconnaissance ou l'exécution de ladite sentence à l'ordre public international, cet examen s'entendant de la compatibilité de la solution de la sentence avec la conception de l'ordre public international qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international.*

*52. En l'espèce, la République du Bénin prétend que la reconnaissance de la Sentence finale se heurte à l'autorité de chose jugée du jugement du TPI de A du 13 février 2017, tel que confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Cotonou du 12 mars 2020.*

*53. Cependant d'une part, la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées de sorte qu'elle ne peut dépendre de la solution donnée par une décision étrangère, fût elle susceptible d'être reconnue en France.*

*54. D'autre part, si l'ordre public international français est susceptible d'être heurté par l'inconciliabilité entre une sentence arbitrale et une décision émanant d'une juridiction étrangère qui entraînent des conséquences juridiques s'excluant mutuellement, encore faut il que ces décisions soient pareillement exécutoires sur le territoire français.*

*55. Il est constant que ni le jugement du TPI de A du 13 février 2017, ni l'arrêt de la Cour d'appel de Cotonou du 12 mars 2020, ni les arrêts de la CCJA du 27 février 2020 ou de la Cour d'appel de Ouagadougou du 20 décembre 2019 n'ont été revêtus de l'exequatur en France, laquelle n'a pas même été demandée par la République du Bénin, la seule reconnaissance, au demeurant contestée,*



*ne suffisant pas.*

*56. Ces décisions n'étant pas revêtues de l'exequatur en France, elles ne peuvent en aucun cas faire obstacle pour ce motif à l'exequatur de la sentence finale étant rappelé que la seule méconnaissance de l'autorité de chose jugée d'une décision de justice étrangère est inopérante, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'apprécier la reconnaissance de ces décisions qui est inopérante en l'espèce.*

*57. En conséquence, ce moyen sera rejeté.*

*Sur les frais et les dépens*

*58. Il y a lieu de condamner la République du Bénin, partie perdante, aux dépens.*

*59. En outre, elle doit être condamnée à verser à la société SGS qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme globale de 50 000 euros.*

#### IV. Dispositif

*Par ces motifs, la cour :*

- 1. Rejette les exceptions d'irrecevabilité soulevées,*
- 2. Dit n'y avoir lieu à statuer sur les demandes de reconnaissance (i) des décisions du TPI de A du 13 février 2017 confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Cotonou du 12 mars 2020 et (ii) de l'arrêt de la Cour d'appel d'Ouagadougou du 20 mars 2019 (sic),*
- 3. Confirme l'ordonnance d'exequatur rendue par le président du tribunal de grande instance de Paris en date du 24 mai 2019, portant sur la sentence finale du 31 mars 2019;*
- 4. Condamne la République du Bénin à payer à la société SGS, la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile;*
- 5. Condamne la République du Bénin aux dépens.*

## ASOCIACIÓN EUROPEA DE ARBITRAJE



### VIII Edición del Open de Arbitraje 2022 (4 y 5 mayo 2022)



Madrid es la capital internacional revelación en el sector del arbitraje o resolución de conflictos, según coincidieron los principales protagonistas del mundo y ha quedado de manifiesto con la celebración de la VIII Edición del Open. El impulso de Madrid como sede del Arbitraje es fundamental, de hecho, para seguir potenciando el papel de la capital como cuarto centro financiero de Europa (tras Londres, París y Frankfurt), según reivindicó Javier Íscar, artífice del Open, durante la clausura del evento internacional. El Open de Arbitraje, que estuvo organizando por la Asociación Europea de Arbitraje y su edición 2022 (4 y 5 de mayo de 2022) batió todos los récords posibles: 21 Mesas de Debate con casi 100 ponentes, casi medio millar de inscripciones presenciales y más de 1500 conexiones en la plataforma de streaming. Un éxito que avanza una brillante Edición 2023.

Enrique Lopez, Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid avaló esta capitalidad del arbitraje de Madrid en la clausura del Open.

«Todos estamos trabajando para que Madrid tenga la misma importancia en el mundo del arbitraje que Paris, Londres o Miami», explicó el Consejero. Capitalidad que le corresponde porque somos un eje estratégico con Latinoamérica, con el vínculo del idioma castellano. Así como por tener importantes empresas y multinacionales que están invirtiendo en esos países.

El Open de Arbitraje de Madrid ha analizado durante dos días la situación de inestabilidad y

conflictividad que vive el mundo tras la pandemia y que se ha visto fuertemente incrementada por la Guerra de Ucrania. Análisis que ha resultado especialmente agudo en el panel final de ponentes, «El impacto en el arbitraje de la crisis de suministros y precios», moderado por Carlos Salinas, socio en MA Abogados. Así lo explicó el abogado: «hay casos de empresas que quieren triplicar los precios de las materias primas acordados, pero hay compañías que tienen que enfrentarse a contratos de construcción con un precio cerrado a la firma».

La Guerra de Ucrania va a provocar una ola de conflictividad en el mundo aún mayor que la pandemia, según ha asegurado Sonia Gumpert Socia en Monereo Meyer Abogados. Ola que ha denominado como tsunami y afectará a más de 150 países. La abogada estima que los casos que lleguen a las Cortes de Arbitraje de los principales países del mundo aumenten hasta en un 20 por ciento. Una situación en la que el arbitraje deberá de contribuir a que el daño provocado a las empresas sea el menor posible, según incidió Gumper.

La situación es extremadamente delicada, según han coincidido los ponentes y va a afectar a todos los sectores económicos. Aunque los contratos firmados tras la pandemia ya preveían situaciones catastróficas, el nuevo momento es complejo y aconseja llegar a acuerdos, según incidió Alejandro Alonso, Socio en Ceca Magán (España). Tendencia a buscar el acuerdo que está siendo la mayoritaria en el sector empresarial, según expresaron todos los expertos.

En esta situación el papel de los peritos va a ser fundamental y tendrán que hilar muy fino, según ha comentado Ana Jiménez, Socia en Auren. El informe pericial va a ser muy importante. Analizar, por ejemplo, cuáles eran las expectativas cuando se firmó el contrato o revisar la evolución histórica del precio de las materias primas, según matizó Jiménez.

En el caso de la Guerra de Ucrania será complicado aplicar la cláusula de imprevisibilidad o Rebus, según explicó el perito Antonio Gómez, Socio Director en GPartners. Especialmente en los contratos firmados desde inicios de 2020, pues ya había indicios de conflictividad en la zona. Respecto al precio de las materias primas, también habían empezado a subir en 2020. Lo importante será medir los efectos de la situación actual en la duración total del contrato, pues el impacto tan brusco inicial se suaviza en el tiempo.

Sea como, fuere todos los expertos han coincidido que la ola de conflictividad que llega con la Guerra de Ucrania va a ser más dura y difícil que la de la pandemia. Un escenario futuro que se analizará en el Open de Arbitraje 2023.

Otro de los grandes temas del Open fue digitalización del arbitraje. Tendencia que fue adelantada en España precisamente por el Open hace tres años cuando parecía un ejercicio de ciencia ficción. El proceso de digitalización es imparable y avanza más deprisa de lo previsto por los efectos de la pandemia.

El Open presentó las primeras plataformas tecnológicas de arbitraje que ya permiten automatizar los casos más básicos y de menor cuantía. También adelantará que la digitalización del arbitraje ya permite reducir los costes entre un 50 y un 60 por ciento.

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID



## Acuerdo entre el CIAM y la Asociación Madrid Capital Mundial de la Construcción (4 mayo 2022)



El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), junto con la Asociación Madrid Capital Mundial de la Construcción, Ingeniería y Arquitectura (MWCC, por sus siglas en inglés), se encuentran inmersos en la promoción de la imagen de España como un nuevo «hub» de arbitraje comercial internacional, a través de un acuerdo firmado entre ambas entidades con el objetivo de que el MWCC impulse y apoye al CIAM en este ambicioso proyecto.

La MWCC es un organismo que aúna a empresas y entidades públicas vinculadas con el sector de las infraestructuras. Nació a iniciativa del Ayuntamiento de Madrid en el año 2016 con el fin de fomentar el liderazgo español y de situar a Madrid como centro de referencia mundial del sector de la construcción, la ingeniería y la arquitectura. Precisamente, entre sus objetivos iniciales estaba el de la creación de una Corte de Arbitraje Internacional que respondiera a las demandas que desde el sector le habían trasladado los diversos actores operantes. Es precisamente por eso por lo que el CIAM cuenta con todo el apoyo de MWCC. La colaboración entre el CIAM y la MWCC que ya está en marcha les permite beneficiarse de las sinergias existentes entre entidades públicas y privadas para situar estratégicamente Madrid y sus empresas a la cabeza de sus competidores en el entorno internacional.

El rol de las administraciones públicas es crucial para empezar la actividad, puesto que podrá acoger dentro de sus contratos la posibilidad de acudir al CIAM, o a cualquier otra corte de arbitraje, siempre

que la legislación aplicable se lo permita. La participación de clientes y contratistas, así como la escasa tradición de acudir a arbitraje en España, constituyen el gran reto para el correcto progreso del CIAM a nivel internacional.

## CIAM publica sus primeras estadísticas relativas a los años 2020-21: Primeros 10 casos alcanzados (23 mayo 2022)

CIAM anuncia la publicación en su página web las primeras estadísticas relativas a los casos administrados durante nuestros primeros dos años (2020 y 2021), en la que hemos alcanzado la cifra de 10 casos, con una cuantía agregada de 49 millones de euros. Además, durante estos primeros meses de 2022 CIAM ya está administrando cinco casos nuevos.

Este es un hito a celebrar, puesto que las instituciones arbitrales de nueva creación requieren de años para recibir sus primeros casos, y más aún para su consolidación. Más interesante aún es ver que estos primeros 10 casos no se deben tan sólo a los reenvíos realizados por nuestras Cortes Fundadoras (CAM, CEA Y CIMA) y socio estratégico (ICAM), sino que también hay casos procedentes de convenios arbitrales que designan a CIAM como institución administradora.

Entre estas estadísticas, podrá comprobarse la nacionalidad de las partes, las materias de disputa, el idioma en que se ha administrado el arbitraje, y especialmente la diversidad de los árbitros, tanto en términos de género como de procedencia geográfica, entre otras cifras y porcentajes.

Los sectores de las disputas son:

- construcción,
- infraestructuras e ingeniería,
- orporate y M&A, y
- marítimo.

El resto de casos pertenecían a los sectores de la hostelería y el turismo y los seguros.

Los árbitros

La Secretaría General y la Comisión de Designación de Árbitros ha valorado hasta 16 nacionalidades distintas en sus propuestas y designaciones directas. Entre esas cifras, destaca el número de árbitros latinoamericanos: un 48 % de las propuestas en listas y un 40 % de las designaciones directas.

La relación de género de los árbitros finalmente designados en los primeros 10 casos ha sido de un 56 % de hombres y un 44 % de mujeres.

El idioma del arbitraje

En estos primeros dos años, CIAM ha administrado un 30 % de casos en inglés y un 70 % de casos en español.

## CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



### Posición adoptada por la Unión Europea en el Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) (17 marzo 2022)



El DO L 89 de 17.3.2022 publica la Decisión (UE) 2022/438 del Consejo 14 de marzo de 2022 relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La Unión no es miembro del CIADI. Sin embargo, ha incorporado, por referencia, las reglas del CIADI en sus acuerdos comerciales y de inversión, en los que se regulan la protección de las inversiones y la solución de diferencias en materia de inversiones. En su Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, el Tribunal de Justicia aclaró que la inversión extranjera directa es competencia exclusiva de la Unión y que los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones no pueden establecerse sin el consentimiento de los Estados miembros.

El Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) votará mediante procedimiento escrito un conjunto de propuestas de enmiendas a las Reglas del CIADI. El procedimiento escrito se inició el 20 de enero de 2022 y su conclusión está prevista para el 21 de marzo de 2022.

La Unión utiliza las reglas del CIADI en sus tratados en materia de inversiones, y esas reglas pueden ser utilizadas por inversores de la Unión en casos presentados contra terceros países, por inversores no pertenecientes a la Unión contra Estados miembros de la Unión o por inversores no pertenecientes a la Unión contra la propia Unión cuando se cumplan los requisitos pertinentes del Convenio del CIADI. Con la reforma de las reglas del CIADI, el Reglamento del Mecanismo



Complementario del CIADI será potencialmente aplicable a las diferencias incoadas contra organizaciones regionales de integración económica como la Unión. Así pues, las enmiendas a las reglas del CIADI surtirán efectos jurídicos en el funcionamiento y la aplicación de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión y en el desarrollo de los procedimientos judiciales en los que la Unión pueda ser parte. Por consiguiente, la Unión tiene un interés particular en la reforma de las reglas del CIADI.

Veintiséis Estados miembros de la Unión son miembros del CIADI. Estos Estados miembros pueden participar en el Consejo Administrativo y votar sobre las reglas modificadas en el contexto del procedimiento escrito.

En consecuencia, conviene que el Consejo adopte la posición de la Unión con respecto a las enmiendas previstas a las reglas del CIADI, de modo que los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio del CIADI puedan expresar, actuando conjuntamente en interés de la Unión, la posición de esta en el Consejo Administrativo del CIADI.

En el contexto de los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI, las enmiendas actualizan y desarrollan el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, las Reglas de Iniciación del CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI y las Reglas de Conciliación del CIADI. Las enmiendas conducirán, entre otras cosas, a una mayor transparencia de los procedimientos, aclararán las disposiciones sobre la desestimación anticipada de las reclamaciones infundadas y la garantía por costos, e implantarán las obligaciones de revelación de información respecto a la financiación por terceros.

En el contexto de los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario del CIADI, las enmiendas propuestas actualizan y desarrollan el Reglamento Administrativo y Financiero del Mecanismo Complementario del CIADI, las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI y las Reglas de Conciliación del Mecanismo Complementario del CIADI. La mayor parte de las enmiendas a los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI se reflejarán también en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Además, el ámbito de aplicación de los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario se ampliará para incluir, entre otras cosas, las diferencias que afecten a organizaciones regionales de integración económica.

En el contexto de los procedimientos de comprobación de hechos del CIADI, las enmiendas propuestas actualizan y desarrollan las Reglas de Comprobación de Hechos del CIADI y el Reglamento Administrativo y Financiero de Comprobación de Hechos del CIADI.

En el contexto de la mediación del CIADI, la propuesta de reforma establece un nuevo conjunto de Reglas de Mediación del CIADI y un Reglamento Administrativo y Financiero de Mediación del CIADI.

Las enmiendas responden a las actuales preocupaciones expresadas en relación con el sistema existente de solución de diferencias entre inversores y Estados y mejoran sustancialmente las reglas del CIADI.

La posición que ha de adoptarse en nombre de la Unión con arreglo a la presente Decisión se

entiende sin perjuicio del objetivo principal que persiguen la Unión y sus Estados miembros en esta materia, a saber, crear un tribunal multilateral permanente en materia de inversiones que sustituya el actual sistema de arbitraje en materia de inversiones por un mecanismo permanente.

Por consiguiente, el Consejo considera que actuando conjuntamente en interés de la Unión, los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio del CIADI expresarán su aceptación de las enmiendas propuestas a las reglas del CIADI durante el procedimiento de votación por escrito iniciado por el presidente del Consejo Administrativo del CIADI el 20 de enero de 2022 y cuya conclusión está prevista para el 21 de marzo de 2022, aprobando los cuatro proyectos de resoluciones para:

- modificar los Reglamentos y las Reglas aplicables a los procedimientos regidos por el Convenio del CIADI [AC (C)/RES/1/2022],
- modificar los Reglamentos y las Reglas aplicables a los procedimientos regidos por el Mecanismo Complementario del CIADI [AC (C)/RES/2/2022],
- adoptar Reglamentos y Reglas aplicables a los procedimientos de mediación del CIADI [AC (C)/RES/3/2022], y
- adoptar Reglamentos y Reglas aplicables a los procedimientos de comprobación de hechos del CIADI [AC (C)/RES/4/2022].

## El Consejo Administrativo del CIADI aprueba un conjunto completo de enmiendas a sus normas fundamentales (21 marzo 2022)



Los Estados miembros del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han aprobado el 21 de marzo de 2022 un conjunto completo de enmiendas a las normas fundamentales del CIADI para resolver controversias entre inversores extranjeros y sus Estados anfitriones.

Establecido en 1966, el CIADI es la única institución multilateral con un mandato específico para facilitar la resolución pacífica de disputas internacionales de inversión bajo tratados, contratos y leyes de inversión. El CIADI ofrece reglas de procedimiento que están diseñadas específicamente para tales disputas, además de brindar apoyo experto a las partes en la disputa e instalaciones de primera clase para los procedimientos.

Las reglas del CIADI para arbitraje y conciliación se han actualizado para reducir aún más el tiempo y el costo de los casos, incluidos los plazos obligatorios para dictar órdenes y laudos. También están disponibles nuevas reglas de arbitraje acelerado, que reducirían los tiempos de los casos a la mitad cuando las partes las adopten.

Se desarrollaron reglas procesales completamente nuevas para la mediación y la determinación de los hechos. Las reglas de mediación ofrecen un proceso para respaldar una resolución negociada de una disputa entre las partes, mientras que la determinación de hechos brinda una evaluación imparcial y específica de los hechos relacionados con una inversión. Ambos pueden utilizarse como procedimientos independientes o en combinación con un procedimiento de arbitraje.

Otros atributos de las reglas modificadas de 2022 incluyen:

- *Acceso más amplio a las reglas y servicios de resolución de disputas del CIADI.* Se han modificado los requisitos jurisdiccionales en virtud del Mecanismo Complementario del CIADI,

proporcionando a los Estados e inversores acceso al arbitraje y la conciliación del Mecanismo Complementario cuando una o ambas partes contendientes no sean un Estado Contratante del CIADI. Las Organizaciones Regionales de Integración Económica, como la Unión Europea, también pueden ser parte en los procedimientos en virtud de las Reglas del Mecanismo Complementario enmendadas.

- *Mayor transparencia.* Las reglas de arbitraje actualizadas del CIADI mejorarán aún más el acceso público a las órdenes y laudos del CIADI, lo que beneficia la coherencia legal en la toma de decisiones del tribunal. Al mismo tiempo, las reglas ayudan a las partes a identificar información confidencial y especifican que la información personal protegida no puede divulgarse públicamente.
- *Divulgación de fondos de terceros.* Por primera vez, las reglas de arbitraje del CIADI abordan el financiamiento de terceros. Las partes contendientes tienen la obligación continua de divulgar el financiamiento de terceros, incluido el nombre y la dirección del financiador, para evitar conflictos de intereses que puedan surgir de dichos acuerdos de financiamiento.

El Reglamento y las Reglas del CIADI de 2022 entrarán en vigor el 1 de julio de 2022.

En los próximos meses, el CIADI publicará notas de orientación para ayudar a los usuarios a aplicar las reglas actualizadas, así como también ofrecerá sesiones informativas y cursos a pedido.

[Véase Javier Ferrero, «Las nuevas enmiendas a las Reglas del CIADI y su rol de mejorar y hacer más eficiente el sistema de solución de controversias inversionista-Estado», supra]

## CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID



## Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC



El objetivo de este informe es acompañar la publicación y avanzar un primer análisis de los resultados del estudio sobre el uso, conocimiento y percepción del arbitraje, la mediación y otros MASC, promovido por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, a través de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) y del Centro de Mediación Empresarial de Madrid (CMEM), en el contexto del Observatorio de Justicia y Competitividad de la Comunidad de Madrid; con el objetivo de informar y generar debate y, en su caso, evidenciar la necesidad de difusión de estos métodos alternativos a la jurisdicción. La encuesta fue contestada por 1.023 personas, todas ellas residentes en España y de diferentes zonas geográficas, edad, género y profesión durante un período de tres meses, de octubre a diciembre de 2021.

En el informe concluye afirmando, en primer lugar, que el conocimiento del arbitraje y la mediación está razonablemente extendido y su valoración es muy positiva —aunque perdura una visión distorsionada del mayor coste del arbitraje en relación con la jurisdicción—, y por otra parte a modo de conclusión general, debemos potenciar el conocimiento y uso de los otros MASC aprovechando la valoración globalmente positiva sobre su aptitud para favorecer el funcionamiento de la justicia. La

percepción del arbitraje, mediación y de los otros MASC es positiva. En este sentido cabría destacar la necesidad de difundir convincentemente que el arbitraje, atendiendo a todas las circunstancias que rodean un conflicto no es más caro que la jurisdicción y que la mediación es un método eficiente de resolución de conflictos con un alto índice de éxito.

Añade el informe que es necesario seguir impulsando la difusión del arbitraje, la mediación y otros MASC en todos los sectores y especialmente en el sector empresarial y en el resto de la sociedad para que éstos conozcan sus características y ventajas como mecanismos de resolución de conflictos y se extiendan las percepciones positivas sobre independencia, transparencia y coste razonable de todos ellos. Además es necesario concienciar y actuar para reforzar el papel de la mujer y su intervención en estos métodos. especialmente en su rol de «Árbitro» y de «Mediador»

## CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE



## La Corte Española de Arbitraje y la Asociación Española de Banca unen fuerzas para impulsar el arbitraje en España (28 abril 2022)



Los secretarios generales de la Cámara de Comercio de España, Adolfo Díaz-Ambrona, y de la Asociación Española de Banca (AEB), Javier Rodríguez Pellitero, han firmado un convenio de colaboración entre ambas organizaciones con el fin de «promover el arbitraje y la mediación como métodos de resolución de conflictos alternativos a los tribunales de justicia».

El acuerdo, que tendrá una vigencia inicial de cuatro años, prevé la puesta en marcha diferentes iniciativas conjuntas relacionadas con la divulgación de la mediación y el arbitraje, como instrumentos eficaces «para la competitividad empresarial y, por ende, para la generación de bienestar social».

Según se recoge en el convenio, el impacto de la crisis ocasionada por la Covid-19 en las relaciones contractuales, tanto domésticas como internacionales, hace «más necesario que nunca» poner a disposición de las empresas instrumentos que, como el arbitraje y la mediación, faciliten la resolución de controversias empresariales y ofrezca una alternativa efectiva al sistema judicial.

Bajo el amparo de este convenio, las partes se comprometen a organizar conferencias, publicar artículos —científicos y divulgativos—, y desarrollar todo tipo de acciones formativas. Para ello, acuerdan constituir una comisión de seguimiento que será la encargada de aprobar el plan de trabajo, realizar el seguimiento de las actividades que se lleven a cabo, así como evaluar los

resultados.

La AEB es una asociación profesional abierta a todos los bancos españoles y extranjeros que operan en España. Desde su creación en 1977 ha estado comprometida con el desarrollo del sistema bancario español y con la contribución del mismo al crecimiento económico del país.

Por su parte, la Cámara de Comercio de España es una corporación de derecho público que tiene encomendada la representación, promoción y defensa de los intereses generales de las empresas españolas. Asimismo, tiene atribuida por Ley la promoción de los sistemas alternativos de resolución de conflictos empresariales, función que realiza a través de la Corte Española de Arbitraje y el Centro Español de Mediación.



## CORTE EXTREMEÑA DE ARBITRAJE



### Respaldada por una treintena de abogados nace la Corte Extremeña de Arbitraje (29 abril 2022)

El 29 de abril de 2022 se ha constituido en Cáceres la Corte Extremeña de Arbitraje, bajo las siglas CEARB, presidida por Juan Ramón Covillo.

El Parador de Cáceres ha acogido el acto de constitución de esta entidad que tendrá su sede en el edificio Europa de la Avenida Virgen de Guadalupe, aunque trabajarán online para atender conflictos de toda la región. La nueva entidad apuesta por un arbitraje telemático y está disponible para todos los ciudadanos y empresas de Extremadura. Si en algún momento se requiere una actuación presencial, se podrá realizarse en la sede de la corte.

Se trata de una nueva asociación que ha unido a un grupo de despachos de abogados con sedes en todos los partidos judiciales de Extremadura. Al frente están una treintena de letrados que han dado este paso «conscientes de la lentitud y el excesivo desgaste económico y emocional que suelen conllevar los procesos judiciales», y siguiendo los pasos de otras regiones.

La Corte Extremeña de Arbitraje se constituye como una «asociación sin ánimo de lucro, independiente y con vocación de servicio a los extremeños», siendo uno de sus principales objetivos fomentar el conocimiento y el uso del arbitraje como método idóneo para resolver controversias por encima de la mediación o los litigios judiciales.

Forman parte de la Corte Extremeña de Arbitraje, abogados con dilatada experiencia en numerosos procedimientos de arbitraje nacional e internacional, fundamentalmente en derecho civil y mercantil, habiendo intervenido en los mismos bien como árbitros, bien como abogados de las partes. Esta Corte de Arbitraje ha logrado unir en un proyecto común a Abogados de las dos provincias extremeñas.

## TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA



### El Tribunal Arbitral de Barcelona renueva su junta directiva y elige a Frederic Munné como nuevo presidente (10 mayo 2022)



El Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) inicia una nueva etapa bajo la presidencia de Frederic Munné. El abogado y árbitro barcelonés encabeza la junta directiva que toma el relevo del órgano rector presidido desde abril del 2018 por Juli de Miquel, que cierra una provechosa etapa al frente de la entidad. Las vicepresidencias del TAB en este nuevo mandato recaerán en Antoni Fitó i Baucells (vicepresidente de la Cámara de Comercio de Barcelona) y en el notario Antoni Bosch Carrera. El registrador Luis Fernández del Pozo será el nuevo secretario y la nueva junta directiva se completa con la abogada Cristina Vallejo i Ros y el abogado Joan Martínez García.

Frederic Munné i Catarina (Barcelona, 1966) es abogado, doctor en Derecho y árbitro y formaba ya parte de la junta directiva del TAB como vocal. El también miembro de la junta de gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) presidirá el TAB con la voluntad de reforzar su condición de referente internacional, potenciar aún más su transparencia y el buen gobierno y amplificar la cultura de la resolución de conflictos alternativa a los procedimientos judiciales.

Munné ha declarado que «afronto esta responsabilidad desde la pasión por el arbitraje y el convencimiento de que, ahora más que nunca, la sociedad requiere que el arbitraje facilite la gestión de conflictos de una manera ágil, eficiente y económica». El nuevo presidente del Tribunal ha agradecido «la destacada y ejemplar labor» de Juli de Miquel al frente de la institución, así como «la confianza de los miembros de la nueva junta directiva y de las instituciones asociadas al TAB». El jurista ha recalcado que «a consecuencia de las crisis que golpean nuestra sociedad, la tarea arbitral debe ayudar decisivamente a reducir la congestión judicial en pro de los derechos y el bienestar de la

ciudadanía».

El Tribunal Arbitral de Barcelona es el órgano permanente de la Asociación Catalana para el Arbitraje que lleva a cabo la administración de los arbitrajes de acuerdo con la ley y su reglamento, de conformidad con el código ético. Tiene como misión servir a la sociedad siendo una institución de referencia en el mundo del arbitraje, destacando por su excelencia en el servicio, con el foco de su actividad en Barcelona, así como en los mercados de referencia nacional e internacionales.

La Asociación Catalana para el Arbitraje-Tribunal Arbitral de Barcelona (ACA-TAB) se fundó el 15 de febrero de 1989 por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, la Cámara de Comercio Industria y Navegación de Barcelona, el Ilustre Colegio Notarial de Cataluña y el Consell dels Ilustres Col•legis d'Advocats de Catalunya. La entidad nació a raíz de la promulgación de la ley 36/1988, que dio luz verde por primera vez al arbitraje institucional. En junio de 2009 se unió el Decanato Autonómico de los Registradores Mercantiles y de la Propiedad de Cataluña y, en abril de 2012, la Associació Intercol•legial de Col•legiss Professionals de Catalunya.

NOTICIAS

INFORMACIONES



## «Sorbonne arbitrage» un sello para promover el arbitraje dentro y fuera de París (14 febrero 2022)



El 14 de febrero de 2022 tuvo lugar la inauguración de «Sorbonne Arbitrage» en el Gran Salón de la Sorbona, en presencia de Christine Neau-Leduc, rectora de la universidad, y Agnès Roblot-Troizier, directora de la Facultad de Derecho de la Sorbona, con participación del Centro de Mediación y Arbitraje de París (CMAP) y la Asociación Francesa de Arbitraje (AFA).

La Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne expide numerosos diplomas que contienen enseñanzas de Derecho arbitral, de mayor a menor contenido, y que aspiran a una mejor identificación y difusión, Asimismo, en esta universidad también muchos de sus profesores *publican* libros, artículos, estudios o comentarios, sin que siempre sea posible vincularlos con Paris 1 Panthéon-Sorbonne y, a veces, incluso identificarlos. 'Por último, la universidad está presente en numerosos congresos, simposios, conferencias o seminarios sobre Derecho arbitral La Universidad

pretende que el sello «Sorbonne arbitrage» figure en los referidos, títulos, publicaciones y y eventos.

«Sorbonne arbitrage» también tiene como objetivo promover asociaciones con instituciones externas, promocionar la formación, de especialista en arbitraje» a los abogados que lo deseen, contribuir científicamente a conferencias y fomentar los debates con las autoridades públicas o con dialogar con los jueces.

Como pusiera de relieve su impulsor, Thomas Clay, se trata de una iniciativa dinámica que tiene como objetivo promover el arbitraje transversal e internacional se organizó un debate en torno al libro *Arbitration Law, Theory and Practice* de Jalal El-Ahdab, abogado asociado de Bird & Bird y de por Daniel Mainguy (LexisNexis, 2021).

## Según el Abogado General Collins, un laudo arbitral puede ser una resolución pertinente a los efectos del Reglamento Bruselas I pese a que tal laudo está excluido del ámbito de aplicación de dicho Reglamento (5 mayo 2022)



En noviembre de 2002, el M/T Prestige, un petrolero monocasco matriculado en las Bahamas, se partió en dos y naufragó frente a las costas gallegas cuando transportaba 70 000 toneladas de fuelóleo pesado, que se derramaron y causaron importantes daños en el litoral norte de España y en el litoral occidental de Francia. Comenzaba así una prolongada disputa entre la aseguradora del buque (The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited; en lo sucesivo, el «Club») y el Reino de España, planteada en dos procesos diferentes en dos Estados miembros.

Dichos procesos dieron lugar a dos resoluciones judiciales: una dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña y la otra por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) [Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo, Sección de lo Comercial, Reino Unido]. En último término, el Reino de España solicitó el reconocimiento de la resolución de la Audiencia Provincial de La Coruña por los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales. La High Court of Justice (Tribunal Superior de Justicia, Reino Unido) accedió a tal solicitud mediante auto de registro en mayo de 2019.

El Club presentó recurso de apelación contra el auto de registro. El Reino de España formuló oposición frente a dicho recurso de apelación y solicitó a la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench division (Commercial Court) que planteara al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones prejudiciales de interpretación del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si una resolución judicial dictada en los términos de un laudo con arreglo a la UK Arbitration Act 1996 (Ley de Arbitraje de 1996, Reino

Unido) puede constituir una «resolución» pertinente del Estado miembro requerido a los efectos del Reglamento 44/2001.

En las conclusiones presentadas el 5 de mayo de 2022, el Abogado General Collins observa que una resolución judicial dictada en los términos de un laudo, como la dictada en virtud del art. 66, ap. 2, de la Ley de Arbitraje de 1996, está comprendida en la exclusión del arbitraje establecida en el Reglamento 44/2001. Sin embargo, el presente caso no constituye un intento de que se reconozca o ejecute en otro Estado miembro una resolución judicial inglesa dictada en virtud de la Ley de Arbitraje de 1996. Se refiere, por el contrario, a los efectos que despliega dicha resolución judicial en Inglaterra y Gales en unas circunstancias en las que esta es inconciliable con una resolución dictada en otro Estado miembro cuyo reconocimiento y ejecución se solicita en Inglaterra y Gales.

El Abogado General Collins esgrime tres motivos para considerar que una resolución judicial dictada en virtud de la Ley de Arbitraje de 1996 tiene la condición de «resolución» en Inglaterra y Gales a los efectos del Reglamento 44/2001.

Primero, el art. 32 de dicho Reglamento define el 1 Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, pp. 1 a 23). Este Reglamento es el aplicable en el procedimiento ante la *High Court*. En la actualidad se encuentra derogado y ha sido sustituido por otro Reglamento. 4 concepto de «resolución» en unos términos amplios que pueden aplicarse a todas las disposiciones de este Reglamento en las que aparece.

Segundo, el Tribunal de Justicia ha declarado 2 que, para poder ser calificado de «resolución», en el sentido del Convenio de Bruselas, «el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes», lo cual sucede en el presente caso.

Tercero, el que una resolución judicial dictada con arreglo a la Ley de Arbitraje de 1996 no aborde todas y cada una de las cuestiones de que conoció el tribunal arbitral no impide que sea una «resolución» a los efectos del Reglamento 44/2001.

En consecuencia, el Abogado General Collins propone al Tribunal de Justicia que declare que una resolución judicial dictada en los términos de un laudo arbitral con arreglo a la Ley de Arbitraje de 1996 puede constituir una «resolución» pertinente del Estado miembro requerido, a los efectos del Reglamento 44/2001, pese a no estar comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento conforme a su art. 1, ap. 2, letra d).

BIBLIOGRAFÍA

**Schinazi, Mikaël, *The Three Ages of International Commercial Arbitration: 163* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, Series Number 163), Cambridge University Press, 2021, 384 pp; ISBN-10:1108835171.**



Este libro llena un vacío clave para la comprensión de cualquier persona interesada de los diversos aspectos del arbitraje internacional a lo largo de su evolución histórica. Y, a la vez, descubre las ideas y los actores que, a lo largo de dos siglos, condujeron a la aparición del sistema moderno de arbitraje comercial internacional.

El arbitraje se ha establecido firmemente como el método de elección para la resolución de controversias en el ordenamiento jurídico internacional, eclipsando progresivamente y de forma casi imperceptible a los tribunales estatales. Es importante comprender cómo se ha producido esta evolución y la clave se encuentra en este libro de extraordinariamente perspicaz y sintético. Su gran ventaja es el empleo de fuentes inéditas para aportarnos una historia completa del arbitraje comercial internacional en la era moderna identificando tres periodos en su desarrollo: la era de las expectativas (c. 1780-1920), la era de la Institucionalización (años 20-1950) y la era de la autonomía (años 50-actualidad). Para ello el autor analiza las características clave de cada período, poniendo de relieve que la historia del arbitraje comercial internacional ha oscilado entre momentos de renovación y de incertidumbre. Durante los períodos de renovación, se desarrollaron nuevos enfoques, instrumentos e instituciones para hacer avanzar el arbitraje comercial internacional.



Durante los periodos de incertidumbre, estos desarrollos se frenaron por temor a que el arbitraje internacional se extralimitara. La tensión resultante entre la renovación y la incertidumbre es un hilo conductor de la evolución del arbitraje comercial internacional. Este libro llena un vacío clave para la comprensión de cualquier persona interesada de los diversos aspectos del arbitraje internacional a lo largo de su evolución histórica. Y, a la vez, descubre las ideas y los actores que, a lo largo de dos siglos, condujeron a la aparición del sistema moderno de arbitraje comercial internacional.

El autor, de este libro cuenta con un brillante expediente académico en las Universidades Harvard, Cambridge y en la Columbia Law School, es miembro del Colegio de Abogados de Nueva York, actualmente trabaja como abogado especialista en resolución de conflictos internacionales en París. Se gran aportación es haber empleado de innumerables documentos nuevos e investigaciones de archivo (como laudos arbitrales inéditos de la CCI, publicaciones periódicas de difícil acceso y todas las versiones sucesivas del Reglamento de Arbitraje de la CCI) para trazar la historia moderna y la evolución del arbitraje comercial internacional. El resultado no es otro que una obra de investigación meticulosa pero también profundamente rica e imaginativa que indaga el pasado de la Cámara de Comercio Internacional coincidiendo con su centenario de la CCI. Por lo tanto, el libro es sumamente importante tanto para los investigadores como para los profesionales del campo del arbitraje internacional.