LA LEY Mediación y Arbitraje

Octubre-Diciembre 2022 | 13

El Tratado de la Carta de la Energía y su procedimiento de arreglo de controversias: entre la modernización y la denuncia

Mediación penal y/o justicia restaurativa: *status quo*

Entrevista a José María Alonso, nuevo presidente del CIAM

DIRECTOR:
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

LA LEY

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@woltreskluwer.com

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

ISSN Electrónico: 2660-7808

Diseño por LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, 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, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

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 **LA LEY Soluciones Legales, 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.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

http://www.laley.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 españoles 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 (mediaICA); **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 de la Asociación Europea de Arbitraje y del Centro Iberoamericano de Arbitraje, CIAR, y Socio Director de Íscar Arbitraje SLP; **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 Associaçao Portuguesa de Arbitragem; **Leonel Pereznieto 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

ENTREVISTA

— Entrevista a José María Alonso, presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, por **José Carlos Fernández Rozas,** director de la revista

TRIBUNA

— *«Proclamo que mataré al dragón: apunte sobre la toma de conciencia de los temores de los árbitros en el desempeño de sus funciones como vía adicional de desarrollo de la confianza en su comportamiento ético»*, **Carlos Valls**, MCIArb Socio de Giró I Martíniez, Barcelona

— *«Mediación penal y/o justicia restaurativa:* status quo», **Mar Jimeno Bulnes**, Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Burgos

ESTUDIOS

— *«Compatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía y de su procedimiento de arreglo de controversias con el Derecho de la Unión Europea: entre la modernización y la denuncia»*, **Ana Fernández Pérez**, Profesora titular de la Universidad de Alcalá, Árbitra y mediadora.

— *«Técnicas, habilidades y estrategias del mediador en los procesos de mediación»*, **Mª del Carmen Cazorla González-Serrano**, Profesora titular (i.) Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos. Mediadora

REGULACIÓN

— *«La última reforma de la ley de arbitraje italiana»*, **Mauro Rubino-Sammartano**, Presidente de la European Court of Arbitration. Árbitro internacional

— *«La Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo y el sistema alternativo de resolución de conflictos ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea: ¿seguridad jurídica y especialización? Resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque y otros* (17 marzo 2022)», **Unai Belintxon Martin,** Profesor Titular acr. de Derecho internacional privado. Universidad Pública de Navarra.

— *«Sistema de resolución extrajudicial de controversias en el mercado único de servicios digitales»*, **José Juan Castelló Pastor**, Profesor asociado, Universitát de València

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

- «*Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos* (expert determination)», **Luis Felipe Castresana**, Abogado del Estado (ex). Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

- «*Avances en el proceso de elaboración de un Código de Conducta para decisores en controversias internacionales de inversión: uno de los principales instrumentos de la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados*», **Adriana Pérez-Gil**, Asociada, Van Bael & Bellis

- «*Reflexiones sobre la determinación preliminar y la desestimación temprana a propósito del 76º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (octubre 2022)*», **Marta Cerrada Pérez**, Asociada de Clyde Abogados, S.L.P, Madrid

JURISPRUDENCIA

Crónicas

- «*A vueltas con el Comité Jurisdiccional de la RFEF, la nulidad de los laudos arbitrales y la competencia de los tribunales del orden social (SSTSJ Madrid 18 de enero, 22 de marzo, 13 de julio y 26 de julio de 2022)*», **Yeray Romero Matute**, Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza

Sentencias seleccionadas

- «*El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales: la necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando una anotación preventiva de demanda (SAP Girona 4 de marzo de 2022)*», **Guillermo Ormazabal Sánchez**, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Girona

- «*Desestimación de una acción de anulación tras verificarse la inexistencia de casi todos los motivos de anulación susceptibles de interponerse (STSJ Madrid 24 de marzo de 2044)*», **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor titular de Derecho procesal. Universidad Complutense de Madrid

- «*El Tribunal Supremo confirma el efecto de cosa juzgada del laudo (STS 27 de abril de 2022)*», **Francisco G. Prol Pérez,** Abogado y árbitro internacional

- «*Acerca de la recurrente invocación del orden público para sustentar la acción de anulación y de supuesta intangibilidad material del laudo que contrarie normas imperativas (STSJ País Vasco CP 1ª 1 de junio de 2022)*», **Jesús Campo Candelas,** Abogado en Garrigues. Profesor Asociado de la Universidad de Alicante

Notas de jurisprudencia

- «*A vueltas con la carga de la prueba y el orden (STSJ Andalucía CP 1ª 17 de enero de 2022)*», **Elena Sevila**, Socia de Andersen

- «*Execuátur en España de laudo arbitral extranjero por acuerdo de las partes pronunciado en Nueva York en el seno de la American Arbitration Association (ATSJ Madrid de 15 de marzo de 2022)*», **Ángel María Ballesteros Barros,** Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado

- *«La solicitud de la adopción inaudita parte de una medida cautelar como objeto de una demanda de reconocimiento de laudo arbitral extranjero (Auto del TSJ Madrid CP 1ª 15 de marzo de 2022»* **José Luis Iriarte Ángel,** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Pública de Navarra

- *«Back to basics: la buena fe en el uso del arbitraje (a propósito de la STJ de 20 julio de 2022 en el asunto C-700/20, derivada del naufragio del Prestige)»*, **Roger Canals Vaquer,** responsable de litigación y arbitraje de Arco Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. Profesor asociado de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Barcelona

- *«Una vez más el requisito de independencia e imparcialidad en el arbitraje se refleja en los tribunales (Sentencia TSJ Cataluña 3 de octubre de 2022)»*, **David Jurado Beltrán**, Abogado y árbitro

- *«La falta de motivación como causas de anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público (STSJ Madrid CP 1ª 6 de septiembre de 2022)»*, **Fabio Virzi,** Abogado de Cases & Lacambra y **Rocío Villauriz**, Abogado de Cases & Lacambra

- *«La responsabilidad manifiesta como causa de responsabilidad arbitral (ATS Civ 1ª 26 octubre 2022)»*, **José Fernando Merino Merchán,** Arbitro. Letrado de las Cortes Generales y del Consejo de Estado

Cronología de decisiones

— Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales españoles

ACTUALIDAD INSTITUCIONAL

Asociación para el Ejercicio de la Mediación y el Arbitraje (ASEMARB)

- La Asociación para el Ejercicio de la Mediación y el Arbitraje (ASEMARB), fruto de una alianza estratégica entre el Ilustre Colegio de Abogado y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Sevilla

- Entrevista a Carlos Rodríguez Díaz, Gerente de ASEMARB (14 noviembre 2022)

Cámara de Comercio Internacional

- La CCI y Jus Mundi posibilitan un mayor acceso a la experiencia en resolución de controversias de la CCI a través del motor de investigación de Derecho internacional y arbitraje de Jus Mundi (20 septiembre 2022)

- La CCI presentó «ICC Case Connect», una plataforma pionera de gestión de casos digitales para conectar a las partes, los tribunales arbitrales y la Secretaría de la CCI (12 de octubre de 2022)

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

- José María Alonso, elegido presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (14 de octubre de 2022)

Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones

— El CIADI publica su Informe Anual de 2022 (14 octubre 2022)

Conferencia de Las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

— El régimen de tratados de inversión necesita reformas para apoyar la acción climática (6 septiembre 2022)

Corte de Arbitraje de Madrid

- Firma de convenio de colaboración de la Corte de Arbitraje de Madrid con la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (19 septiembre 2022)

Corte Permanente de Arbitraje

- La Corte Permanente de arbitraje firma acuerdo de sede con la República del Ecuador, Quito (25 de octubre de 2022)

Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) España

- Nueva etapa en el Convenio de Colaboración firmado entre GEMME España y el Consejo General del Poder Judicial
- Propuestas de GEMME al Senado de España para mejorar la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (27 octubre 2022)

Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

- El ICAB promueve el arbitraje y analiza cómo deben valorarse los daños de las controversias (21 octubre 2022)

Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

- Jornada en homenaje al prestigioso Abogado y Árbitro José Luis Goñi Etchevers en el ICAM y presentación de su libro homenaje Estudios de Derecho marítimo (17 octubre 2022)
- La sesión conjunta de las Secciones de «Colegiados no ejercientes» y la de «Derecho administrativo» del ICAM abordó el tema «Mediación administrativa en Francia y España» (3 noviembre 2022)

International Bar Association

- Informe sobre arbitraje de reclamaciones de menor cuantía en el arbitraje de inversiones (25 octubre 2022)

Swiss Arbitration Centre

- Nuevo Reglamento Suplementario Suizo para Controversias de Derecho de Sociedades (9 noviembre 2022)

NOTICIAS

Informaciones

- La Unión Europea pone en marcha una regulación sobre la financiación privada de litigios responsable, incluyendo el arbitraje (13 septiembre 2022)
- El Comité Económico y Social de la UE respalda las críticas a la solución de litigios entre inversores y Estados (ISDS) y pide un enfoque más holístico: «Dictamen de iniciativa Tribunal multilateral de arbitraje inversor-Estado: valoración del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil», aprobado el 26 de octubre de 2022

Cursos, congresos, seminarios y jornadas

- Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) acoge primer encuentro de especialistas en arbitraje internacional (23 septiembre 2022)
- II Congreso de Arbitraje y Jurisdicción (A Coruña 10 y 11 de noviembre de 2022)

Bibliografía

- «*Sobre* La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo *de Gerardo Carballo*», **Javier Jiménez-Ugarte**, Embajador de España (ex). Of Counsel, Mediación y Arbitraje), en "Lupicinio International Law Firm"
- *El arbitraje estatutario* (José Caro Catalán), Aranzadi, 2002
- *Mediación mercantil y eficiencia procesal* (David Vallespín Pérez), Wolters Kluwer, 2022
- *Mediación y arbitraje en la Administración pública. Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia* (Felio José Bauzà Martorell, dir), Bosch, 2022

EN PRIMERA PERSONA

Entrevista a José María Alonso, presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)

«Hemos aprendido de las mejores prácticas que hay en el mercado y tales prácticas se han implementado en el CIAM con un carácter totalmente actualizado y sofisticado»

El pasado mes de octubre, José María Alonso fue elegido presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). El decano en funciones del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid asumirá el cargo el próximo 1 de enero de 2023, relevando a Juan Serrada, actual presidente. En el inicio de esta nueva singladura profesional, Alonso responde a las preguntas de José Carlos Fernández Rozas, director de la revista *LA LEY Mediación y Arbitraje,* sobre sus planes de futuro para esta institución.

José María Alonso es especialista en litigación de aspectos civiles y mercantiles de los contratos (especialmente en los de compraventa de bienes y derechos, contratos de construcción e ingeniería; y contratos de distribución, concesión y agencia), disputas societarias (compraventa de sociedades y conflictos entre socios), disputas sobre contratos y operaciones financieras (préstamos, garantías, depósitos, etc.) y de seguros y situaciones de insolvencia. Ha actuado en más de 2.000 procedimientos ante los distintos órganos jurisdiccionales españoles (con componentes nacionales e internacionales) en condición de abogado de alguna de las partes; ha colaborado en los aspectos de Derecho español en procedimientos seguidos ante jueces y tribunales de Portugal, Francia, Reino Unido, Alemania, Países Bajos, Italia, Israel, Marruecos y Australia; y ha participado como asesor de algunas de las partes en múltiples procedimientos arbitrales domésticos e internacionales. Como árbitro, ha actuado en más de 200 procedimientos (bien como árbitro único; como árbitro designado por una de las partes; o como presidente del Tribunal Arbitral) tanto domésticos *(ad hoc,* Corte de Arbitraje de Madrid, Corte Española de Arbitraje y Corte Civil y Mercantil de Arbitraje-CIMA) como internacionales (ICC Court of Arbitration, LCIA, AAA/ICDR, CIADI y TAS/CAS); instituciones de cuyas

respectivas listas de árbitros, entre otras, forma parte.

Ha sido socio director de despachos de gran prestigio internacional, como Baker McKenzie o Garrigues, y es miembro fundador y primer presidente del Club Español del Arbitraje.

Después de cinco años al frente del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (nueva denominación adoptada durante su mandato caracterizado por su sensibilidad hacia la igualdad de género), José María Alonso anunció que no se presentaría como candidato a las nuevas elecciones. Su periodo al frente del principal colegio de abogados de España se caracterizó por importantes mejoras en la formación, el crecimiento institucional del ICAM y el futuro código de buenas prácticas para los nuevos profesionales del AJA, la potenciación del área de secciones, la creación de un máster de acceso a la abogacía propio, las acciones solidarias con Ucrania o la implantación del sello de Igualdad.

Alonso ha afirmado que actualmente el ICAM es una «institución de referencia» y ha manifestado su preocupación por varios temas inconclusos como la no implantación del voto digital en las elecciones o la no participación de la abogacía de Madrid en la sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. También, ha expresado su malestar por los abogados del Turno de Oficio que asisten a personas jurídicas y a los que el Ministerio de Justicia no paga sus honorarios.

Tras su etapa como Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid el Pleno del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) lo eligió el 13 de octubre de 2022 como futuro presidente, que asumirá el cargo el próximo 1 de enero de 2023, relevando a Juan Serrada, el actual presidente.

En el inicio de esta nueva singladura profesional, José María Alonso ha accedido amablemente a responder a las preguntas formuladas por José Carlos Fernández Rozas, director de la revista *LA LEY Mediación y Arbitraje.*

TRAS HABER REALIZADO UNA MERITORIA LABOR DURANTE SU ETAPA COMO DECANO DEL ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE MADRID HAS DECIDIDO, QUERIDO JOSÉ MARÍA, DEDICAR TU ACTIVIDAD A PRESIDIR EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID. ES SUFICIENTEMENTE CONOCIDO QUE TU TRAYECTORIA PROFESIONAL HA ESTADO MUY LIGADA AL MUNDO DEL ARBITRAJE PERO, APARTE DE ESTA RAZÓN ¿PUEDES ADELANTAR ALGUNA OTRA QUE MOTIVARA ESTA IMPORTANTE DECISIÓN?

Es un placer charlar contigo, José Carlos. El proyecto de creación de una corte única madrileña y, en definitiva, española es una iniciativa que viene ya desde antiguo. Incluso coincide en el tiempo casi con la creación del Club Español del Arbitraje. A mí personalmente siempre me ha parecido que el hecho de que España se presentará con una sola voz en los foros internacionales era muy importante a la hora de traer hacia España arbitrajes internacionales. La prueba de ello es que participé, incluso antes de ser decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, en la actividad tendente a que se pudiera llegar a un acuerdo entre las Cortes españolas para que renunciarán a tramitar arbitrajes internacionales y se centrarán en el doméstico. Por lo tanto, para mí este es un proyecto que nos

supera o que nos sobrepasa a los practicantes del arbitraje, pues es un «proyecto país». Tengo este deseo, porque siempre he sido un creyente en que el mundo en lengua luso-española o iberoamericana no ocupa, a efectos de la elección de una sede arbitral, el lugar que le corresponde, teniendo en cuenta el número de arbitrajes en los que se involucran partes de esas nacionalidades y, por tanto, es una iniciativa que asumo tanto como practicante del arbitraje y como español, en la seguridad de que es un gran proyecto susceptible de ayudar a abogados, a árbitros, a peritos, esto es, a todos los operadores del arbitraje internacional, a conocer mejor nuestro país. Para mí, se trata de un proyecto nacional. Y eso es lo que más motiva.

EL 18 DE DICIEMBRE DE 2017 SE FIRMÓ UN PROTOCOLO EN VIRTUD DEL CUAL TRES CORTES MADRILEÑAS (CIMA, CAM Y CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE), JUNTO A LA CORTE DE ARBITRAJE DEL ICAM COMO SOCIO ESTRATÉGICO, MANIFESTARON SU CONVENCIMIENTO DE QUE EL LIDERAZGO DE ESPAÑA COMO SEDE DE ARBITRAJES INTERNACIONALES Y, EN PARTICULAR, DE AQUELLOS CON UN COMPONENTE IBEROAMERICANO SE VERÍA REFORZADO SI ACTUARAN DE LA FORMA MÁS UNIFICADA POSIBLE, CON ARREGLO A PAUTAS Y CRITERIOS UNIFORMES Y BAJO UNA ÚNICA MARCA, EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID. DESDE TU NOMBRAMIENTO COMO PRESIDENTE DE ESTA ENTIDAD ¿CUÁLES SON LAS RELACIONES CIAM CON LAS CORTES DE ARBITRAJE QUE LO CREARON?

Yo creo que el CIAM debe ser una entidad independiente pero, al mismo tiempo, mantener una colaboración con las cortes que lo han creado. Nadie puede dudar de la voluntad de estas cortes de renunciar al arbitraje internacional, no solo por la propia creación de este Centro, sino porque incluso ya han introducido en sus propios reglamentos que únicamente se ocuparán de arbitrajes de naturaleza doméstica. Pero también considero que estas Cortes pueden aportar sinergias en muchas áreas, de carácter administrativo, tecnológico o logístico, y ayudar sin duda alguna al impulso del CIAM. Incluso los miembros de esas cortes cuando se desplacen por algún motivo al extranjero lo pueden hacer en representación de CIAM. Cuánto más trabajemos en favor de esta iniciativa mucho mejor. En resumen: independencia en lo que se refiere a que los arbitrajes internacionales únicamente serán administrados por el CIAM, y cooperación en todo lo que suponga, como antes decía, en sinergias de temas administrativos, financieros,...

SI, COMO HAS DICHO, EL CIAM ES EL CENTRO ADMINISTRADOR DE REFERENCIA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑOL ¿QUÉ VENTAJAS OFRECE MADRID PARA QUE SE CONVIERTA EN SEDE EMERGENTE DE ARBITRAJE?

Madrid es una ciudad que en este momento está teniendo un claro boom en muchos aspectos. Es una ciudad muy dotada de todos los elementos que la convierten en una ciudad atractiva desde diversos puntos de vista, como seguridad, cultural, gastronómico, de la apertura de sus ciudadanos y de la oferta hotelera. Creo firmemente que Madrid es una ciudad absolutamente idónea. Pero es que, además, contamos con una clase jurídica de muy alta cualificación. La abogacía madrileña es una abogacía sofisticada. Contrariamente a lo que ha pasado en otros países como Francia o Alemania, las grandes firmas españolas han sabido resistir el envite de la entrada de otras firmas anglosajonas, que también están desarrollándose mucho en España. Tenemos un sistema jurídico muy similar, como el entrevistador conoce muy bien en tanto que Catedrático de Derecho internacional que es, al de los países iberoamericanos. Hablamos la misma lengua y tenemos la misma cultura. Y a ello se une un tema que me parece importantísimo: los abogados profesionales españoles prestan servicios de igual calidad que los abogados de otros países y son infinitamente más baratos. El tema de los costes extraordinarios es de gran importancia, y lo digo como árbitro. Cuando después de un arbitraje internacional solicitas la relación de costes puedes comprobar que cuando en el procedimiento ha intervenido un despacho norteamericano y un despacho español los costes del primero puede ser 5 o 6 veces más caros. Obviamente si se elige Miami como sede del arbitraje será imprescindible contratar a un despacho norteamericano porque la *lex arbitri* será la del Estado de Florida. Pero si se elige Madrid deberá contratarse un despacho español y en este caso el tema del ahorro de costes es evidente. Finalmente Madrid es la ciudad con mayor número de vuelos internacionales a Iberoamérica, donde no se ponen especiales problemas de entrada, ni se exige en general el visado u otras trabas migratorias, con lo cual se facilita mucho los desplazamientos de los testigos, de los peritos, aparte de los árbitros y de los abogados que intervienen en la controversia.

DESDE HACE ALGUNOS AÑOS LA DEFENSA DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES ESTÁ CORRIENDO MAYORITARIAMENTE A CARGO DE LAS GRANDES FIRMAS DE ARBITRAJE ESTABLECIDAS EN NUESTRO PAÍS, QUE HASTA LA FECHA HAN OPTADO POR DIFERIR SUS CONTENCIOSOS A LA ADMINISTRACIÓN DE OTROS CENTROS CON SEDE FUERA DE ESPAÑA ¿CUÁLES SON LAS FORTALEZAS DEL CIAM ANTE ESA SITUACIÓN COMPETITIVA Y QUÉ ALICIENTES PUEDE REPORTAR?

El CIAM está en estos momentos perfectamente dotado. Yo quisiera reconocer y agradecer expresamente el trabajo realizado por José Antonio Caínzos durante su liderazgo en los últimos tres años. El CIAM que ahora me encuentro no tiene nada que ver con el CIAM que él se encontró. En este momento cuenta con unos reglamentos muy sofisticados que han sido trabajados por expertos internacionales que han participado de una manera muy intensa. Estamos haciendo la última modificación del Reglamento y una revisión de los Estatutos que sacaremos a la luz a principios del año que viene. Por lo tanto, tendremos unos estatutos y un reglamento mucho más sofisticados. Contamos con comisiones de designación de árbitros integradas por personas de la máxima relevancia y hemos tratado de huir de un excesivo nacionalismo. Es verdad que debe haber personalidades españolas de referencia pero también tiene que contarse con otras de fuera de España para que colaboren con nosotros. Y tenemos una serie de grupos de trabajo en todas las materias esenciales en el cometido del Centro. Hace unas semanas, por ejemplo, tuve un encuentro con el grupo de trabajo en materia de seguros para analizar cómo se puede establecer un *fine tuning*

de las cláusulas arbitrales en materia de seguros para acomodarlas al ámbito internacional . En fin, estamos bien pertrechados de todo tipo de expertos para realizar esta actividad de una manera más avanzada, contamos con unos instrumentos de alta tecnología que permiten en 24 horas comunicar la designación de árbitro por el CIAM, cuando en otras cortes tardan mucho más tiempo; poseemos un adecuado régimen de transparencia a la hora determinar por qué se acepta o se deniega la recusación de un árbitro... Quiero decir con todo ello que hemos aprendido de las mejores prácticas que hay en el mercado y que tales prácticas se han implementado en el Centro con un carácter totalmente actualizado y sofisticado.

UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL CIAM ES CONTAR CON UN SERVICIO DE MEDIACIÓN QUE DISPONE DE SU PROPIO REGLAMENTO Y ARANCELES ¿CUÁLES SON, EN SU OPINIÓN, LAS POSIBILIDADES DE ESTE SERVICIO Y CÓMO SE ASEGURA SU INDEPENDENCIA RESPECTO DEL ARBITRAJE, QUE ES LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DEL CENTRO?

El servicio de mediación en este momento está en fase de constitución. Contamos con un Comité de mediación y con unas personas responsables de esta materia. Pero queda mucho trabajo por hacer en este ámbito, al contrario de lo que sucede con el capítulo del arbitraje, que está totalmente desarrollado. Nuestra idea es contar en los próximos meses con una persona responsable del área de mediación y disponer de instrumentos completos para llevar a cabo esta función, al igual que acontece con el arbitraje.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 46/2020, DE 15 DE JUNIO, PUSO EN MARCHA UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL QUE SUPUSO UN ROTUNDO RESPALDO AL ARBITRAJE, SUPERANDO LA NOCIÓN DE «EQUIVALENTE JURISDICCIONAL» Y PRECISANDO LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN ORDEN AL CONTROL DE LOS LAUDOS ARBITRALES, CONCRETAMENTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DURANTE EL PERIODO CALIFICADO POR JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN DE OMINOSO (2015 A 2020) ¿CONSIDERA QUE A PARTIR DE ESTA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SE HAN VENCIDO CIERTAS RETICENCIAS QUE EN LOS ÚLTIMOS AÑOS SE PRODUJERON PARA ELEGIR A MADRID COMO SEDE DE LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES?

Opino que efectivamente ese es un periodo que deberíamos olvidar. Antes de ese periodo el comportamiento de los Tribunales Superiores de Justicia, incluido el de Madrid, era absolutamente respetuoso con el postulado de que no se puede entrar a revisar el fondo del asunto en la resolución de las acciones de anulación contra los laudos arbitrales. Nos hemos encontrado que este asunto ha sido muy utilizado en detrimento de España por nuestros competidores; incluso, siguiendo el tópico de que a los españoles nos gusta a veces hablar demasiado y mal de nuestro país, muchos españoles lo han fecho fuera de nuestras fronteras. Y eso ha creado una sensación de que a España, y concretamente a Madrid, no se podía venir a arbitrar. Todo eso ha quedado superado por el Tribunal Constitucional y yo creo que hemos vuelto otra vez a la anterior etapa y seguimos exactamente igual que antes. Lo que hay que hacer es insistir en borrar eso que algunos se lo han quedado y no tienen empacho en seguir diciendo como si nada hubiera pasado. Esto ya se ha acabado y, por tanto,

España, y Madrid en este caso concreto, sigue siendo una sede absolutamente segura para arbitrar, donde los tribunales respetan absolutamente los mecanismos establecidos para el control de los laudos arbitrales siguiendo la práctica de los países de nuestro entorno. He tenido ocasión de hablar con el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que tiene claramente asumida esta doctrina. Siempre tendremos una voz discrepante que a la postre se quedará en minoría. Pero la posición general es de respeto absoluto por lo que ha hecho el Tribunal Constitucional, como no puede ser de otra manera.

Muchas gracias por la entrevista, querido José María. Solo me resta reconocerte muy sinceramente tus oportunas respuestas en nombre de los lectores de *LA LEY Mediación y Arbitraje* y desearte lo mejor para esta nueva singladura arbitral que vas a iniciar.

TRIBUNA

Proclamo que mataré al dragón: apunte sobre la toma de conciencia de los temores de los árbitros en el desempeño de sus funciones como vía adicional de desarrollo de la confianza en su comportamiento ético

I proclaim that I will slay the dragon: a note on awareness of arbitrators» fears in the performance of their duties as an additional way of developing confidence in their ethical behavior

El arbitraje, como alternativa a los tribunales ordinarios, requiere que las partes confíen en esta solución. Esta confianza de las partes se basa en una expectativa, la del recto proceder del árbitro, pero también en una adhesión más íntima de las partes, la de que los árbitros conocen y sabrán superar sus emociones durante el proceso decisional, para llegar a la decisión correcta. En esta nota se sostiene que un ejercicio abierto de toma de conciencia de la comunidad arbitral de su vulnerabilidad formal (frente, por ejemplo, a los jueces) y, en particular, de los posibles temores de los árbitros a los que se puedan enfrentar y su compromiso por superarlos con valentía ética, ayudará aún más a aumentar la confianza en el arbitraje, como vía adicional para defenderlo y promoverlo.

Árbitros, Comportamiento ético - *due process paranoia*

Arbitration, as an alternative to the Courts, requires an element of *trust* from the parties. Such *trust* relies on the expectation that the arbitrators will act fairly but relies also on a more intimate sphere of conviction of the parties, which is that the arbitrators are aware of, and will be able to overcome, their emotions during their decisional process, to reach the correct decision. This note maintains that an open exercise of awareness from the community of arbitrators of its formal vulnerability (vis a vis the Judges, for example) and, in particular, about the possible fears that arbitrators may confront and their undertaking to overcome them with ethic courage, will help even further to promote *trust* in arbitration, as an additional means to defend it and promote it.

Arbitrators, Ethical behavior - *due process* paranoia

Carlos Valls

MCIArb Socio de Giró I Martínez, Barcelona

I. PLANTEAMIENTO: EL COMPORTAMIENTO ÉTICO NO PUEDE DISOCIARSE DEL ENTORNO EN EL QUE SE DESEMPEÑA

En el estudio del comportamiento ético de las empresas se toma muy en cuenta la generación de un entorno propicio, no tóxico, para que la ética no sea únicamente exigible a los héroes o a los idealistas. Desde hace décadas, se están desarrollando en tal sentido los conceptos de gobernanza, de sostenibilidad, o de la protección a los llamados «*whistleblowers*» (1) , así como los esfuerzos para dotar a la función de las empresas de un rol social que supere el propósito único de aportar valor a sus accionistas (2) .

El arbitraje, entendido a la vez como institución jurídica y como comunidad de profesionales, no ha de escapar a esta constatación. Las líneas que siguen pretenden de forma modesta llamar la atención sobre esta cuestión, en un aspecto puntual, la toma de conciencia de que, en su función, el árbitro (3) también se enfrenta a una emoción particular, la del miedo, que puede afectar a su ambición ética. Por ello, considero imprescindible el conocimiento del ámbito íntimo decisorio del árbitro si aspiramos a que sus altos propósitos éticos sean realmente creíbles y confiables.

En efecto, el arbitraje es una institución por la cual las partes eligen resolver de forma privada una diputa a través del nombramiento de un tercero que dirimirá la misma de forma definitiva y ejecutiva. Por tanto, la confianza de las partes (de cada una de las dos, porque se han de poner de acuerdo) en el tercero es la clave para que se opte por el arbitraje.

La confianza, como elemento nuclear en la elección del arbitraje, contiene a su vez un elemento de expectativa de las partes (el árbitro actuará con rectitud, con independencia e imparcialidad), pero esta expectativa contiene también un elemento emocional («no solo espero, sino que me encomiendo a que el árbitro actúe rectamente»). El propósito de este apunte es enunciar que en el fomento del arbitraje, la comunidad arbitral debe responder a esta doble exigencia racional y anímica de los usuarios con un ejercicio abierto adicional de reconocimiento de su vulnerabilidad formal (si lo comparamos con la justicia ordinaria), admitiendo que en el proceso decisional de los árbitros también hay componentes emocionales, pero que, al explicitarlos, se consagra y predica su voluntad de superarlos. En esta nota, como ya he adelantado, trato concretamente de los posibles miedos a los que se puede enfrentar del árbitro.

II. LO QUE NOS HA LEGADO LA SABIDURÍA UNIVERSAL

Por tanto, la presente nota hace supuesto de la cuestión: que en la elección de las rectas decisiones, los árbitros pueden verse perturbados por la emoción del miedo. Como hablamos de un actuar ético, la cuestión es universal y permanente, y podemos acudir un momento a la sabiduría universal.

Uno de los ejemplos paradigmáticos de un actuar recto sin temor a las consecuencias es el que nos

lega Sófocles a través de Antígona. Como todos sabemos, Polinices, hermano de Antígona, se enfrenta a la ciudad de Tebas, gobernada por Creonte, tío de ellos, y defendida por Eteocles, su otro hermano. Tebas defiende el ataque, ambos hermanos fallecen, Eteocles es enterrado con todos los honores por Creonte, pero este decreta que Polinices yazca a las afueras, a merced de las aves carroñeras, sin sepultura. A ello, Antígona se rebela. Debe enterrar a su hermano, aun a sabiendas de que se enfrentará al severo castigo de Creonte (la muerte). Antígona no duda (como le traslada a su hermana Ismene al principio de la obra): enterrará a su hermano, desafiará a Creonte (son más importantes las leyes de los Dioses que las de los hombres, nos dirá, en discurso memorable), y afrontará el castigo, por el que acabará suicidándose.

Por tanto, Antígona actúa bien, o rectamente, o de acuerdo con sus principios, sin temor a la muerte. ¿Es este el paradigma? Aun con todo el impacto del poder del mito, se trata de la historia de una heroína, y Sófocles no nos describe su proceso interior para combatir sus tensiones internas a la hora de adoptar la decisión. La acción de Antígona nos sobrecoge, pero necesitamos saber más.

El ejemplo contrario (tan humano, tan familiar) es el San Pedro, que negó tres veces a Jesucristo ante el temor de que se revelara su identidad, y vio cumplida la profecía («antes de que el gallo cante dos veces, tú me negarás tres»), por lo cual lloró amargamente. El temor, por tanto, sí puede condicionar nuestra lealtad, o nuestra capacidad de asumir la verdad y revelarla. La sabiduría de la Biblia por tanto nos reconoce en San Pedro, y en tantos otros ejemplos, que el miedo nos hace mentir, huir, escondernos, en lugar de adoptar las decisiones rectas.

¿Es inevitable entonces que aceptemos que ante el temor, el ser humano suele ceder en sus principios y no actúe correctamente, a no ser que sea un héroe? ¿Cuál ha de ser nuestra postura, nuestro concepto de la naturaleza humana? Como ampliaré luego, responder a esta pregunta es una cuestión de gran responsabilidad, porque, querámoslo o no, determinará las expectativas y la confianza depositada en quien deba decidir.

Pero si contemplamos el devenir histórico, nos podemos consolar en que no estamos solos y que esta respuesta y ha sido manifestada una y otra vez, en todas las épocas y en todas las culturas. Si se me permite saltar un momento a la cultura hindú, el héroe Arjuna (del poema épico el *Mahabharata*) nos refleja esta tensión psíquica superadora del temor para adoptar la decisión correcta . El *Mahabharata* nos narra que Arjuna se encuentra como general en el campo de batalla, a punto de iniciar el ataque contra la tribu rival. En dicho momento, le asalta la duda, porque ve entre sus soldados, listos para el combate, a algunos mayores que lo han tenido entre sus brazos cuando era pequeño, y teme por su muerte, por su dolor. Entonces interviene el dios Krisna (que se hace pasar por el auriga, el que guía) y le convence de que debe actuar como es debido e iniciar la batalla, y asumir sus consecuencias. El mito de Arjuna nos recuerda que, en conexión con nuestros valores, con nuestra espiritualidad, podemos actuar bien, aun a costa de las pérdidas.

III. LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE Y LA RELEVANCIA DE LA CONFIANZA

Volviendo al arbitraje, la relevancia y toma de conciencia del miedo al que se puede enfrentar el árbitro debe entenderse en el contexto en que se produce: el árbitro es nombrado por un acuerdo

privado de las partes, pero se le dota de gran poder ejecutor; el tribunal arbitral es elegido momentáneamente de entre el colectivo de profesionales, pero no está investido de la «potestas» estatal, de sus rituales y formal delegación de poder, con sus símbolos (la toga, la bandera, la tarima, la forma de la autoridad). Para Carrie Menkel-Medow (4) , que critica que la ética del árbitro pueda equipararse análogamente la ética del juez, afirma que frente al rol permanente del Juez, el árbitro actúa más ocasionalmente, y depende de que las partes lo escojan y lo remuneren, por lo que puede encontrarse más cercano a la circunstancia de la búsqueda de clientes, que a la asignación de casos. Digámoslo claramente: el árbitro adolece de una vulnerabilidad formal si lo comparamos con el Juez.

Para los usuarios del arbitraje, con su decisión de sustraer sus diferencias de la justicia ordinaria, su mirada se vuelve hacia los árbitros, sus capacidades y los valores que presumen que les animan. Esta concepción del usuario sobre lo que ha de ser la eficacia en la resolución de su caso se proyecta sobre lo que se espera de los árbitros. Pero la preconcepción del usuario en este caso es irrelevante para fomentar el arbitraje. No podemos pretender cambiar la percepción filosófica y social de la sociedad en este campo. Nos recuerda Javier Gomá, por ejemplo, que la modernidad se caracteriza por haber aportado una dualidad o autonomía entre el orden exterior político y la plena soberanía de los individuos, de forma que el yo no reconoce ninguna normatividad moral extraña a sí mismo y la polis, responsable de todo lo social, carece absolutamente del poder de obligar en conciencia (5) . Por tanto, la confianza del usuario se refiere directamente a la confianza en la esfera moral individual de cada árbitro. Es obvia la esterilidad de proponerse un cambio en esta percepción.

Al contrario, como apuntábamos al principio, la responsabilidad ha de recaer en el colectivo profesional que se dedica al arbitraje para reforzar esta confianza, y la forma de hacerlo es dotar al colectivo de grandes ideales en el desempeño de su actividad, y que los usuarios así lo perciban. Así, por ejemplo, sostengo entre otras consideraciones que el árbitro debe intervenir con perspectiva a largo plazo, en beneficio conjunto de la institución del arbitraje, utilizando la metáfora del «juego infinito» de Carse (6) .

> Distingo dos tipos de temor: el que se puede producir en el seno del propio procedimiento arbitral, y el que deriva de la propia existencia profesional del árbitro

Para este empeño, la motivación del profesional, del árbitro, debe residir en los bienes internos de los que hablaba MacIntyre (el deseo de hacer las cosas bien, en favor de la comunidad, por vocación), frente a la búsqueda de bienes externos (el dinero, la fama, la seguridad, etc., de recorrido más efímero) (7) .

Pero, tal como hemos enunciado al principio, no es suficiente con enumerar los ideales, y así, Aristóteles nos recuerda que la ética es en realidad un comportamiento, es un hábito. Los altos valores solo cobran sentido en la acción, y en esta actuación concreta es en donde deben superarse

«los dolores y los placeres» («La virtud moral, en efecto, se relaciona con los placeres y los dolores, pues hacemos lo malo a causa del placer, y nos apartamos del bien a causa del dolor») (8) y, entre ellos, el temor. Así, debemos admitir que el temor o miedo podría ejercer en tribunal arbitral de factor perturbador en la adopción de las decisiones correctas: puede influir en la elección de favorecer sus intereses propios más a corto plazo, frente a los del interés general de más largo alcance.

IV. TEMORES

El paso siguiente en este breve apunte es el de enunciar a qué temores se puede enfrentar un árbitro (recordemos lo dicho anteriormente sobre su posición formalmente más vulnerable que la de un Juez, de lo que las partes son conscientes) y para ello distingo dos tipos de temor: el que se puede producir en el seno del propio procedimiento arbitral, y el que deriva de la propia existencia profesional del árbitro. Evidentemente, dejo de lado el de la posible presión de las partes hacia la persona del árbitro, siempre condenable, en la forma que sea, que excede de la pretensión de esta nota.

El primero, el temor en la conducción del arbitraje, contiene, si lo pensamos, diversas etapas en las que el árbitro debe ir decidiendo, actuando, con trascendencia en cada caso: desde la declaración de independencia e imparcialidad (aceptar o declinar el nombramiento, deber de revelar, y cuánto), la preocupación por la defensa de la validez del laudo, la tensión por controlar el cauce del procedimiento, los tiempos, la profusión de pruebas, las intervenciones de las partes, o la redacción de un laudo acertado en virtud de lo transcurrido en el procedimiento (sin la pretensión de pretender contentar a todos como criterio preferente al de la decisión recta) o, incluso, la opción del voto particular del árbitro que disiente de la mayoría del tribunal, cuando ha de corresponder. El colectivo arbitral conoce perfectamente estas tensiones, hasta el *punto de que, para algunas de ellas, se ha asentado de forma feliz la expresión «due process paranoia»*, o la paranoia del proceso justo (por la que se trata de atender obsesivamente los principios de igualdad, audiencia y contradicción). ¡Hablamos de paranoia! Hablamos abiertamente de miedo.

El segundo temor del árbitro me atrevo a decir que es el de iniciarse o seguir en la senda profesional, volver a ser nombrado, o involucrado en futuros procedimientos, obtener una remuneración adecuada (en ocasiones, posiblemente mediatizada desde el despacho al que uno se ha unido, una tensión adicional en el énfasis en la remuneración en los que los arbitrajes *ad hoc* podrían llegar a ser un riesgo) y, en definitiva, en ser aceptado en la comunidad de los profesionales del arbitraje. Rogers nos recuerda que existe una cierta elite de árbitros consolidados y que los nuevos árbitros tienen dificultad para acceder, puesto que, ante la opacidad de la información sobre ellos, prevalece el criterio de los nombramientos previos. Este esfuerzo de ser aceptado en el grupo para ser nombrado genera, para Rogers, una tendencia a la familiaridad y el trato amable entre el colectivo arbitral, para ganar sus credenciales cómo árbitros y lo considera tributos importantes para el desarrollo de sus carreras (9) .

Debo destacar este último punto: la aceptación del grupo es un fenómeno implícito que juega

precisamente en contra de los no especialistas (que no son conscientes del fenómeno), dado que pueden verse desfavorecidos frente a un tribunal arbitral que los percibe como «outsiders». Ante este fenómeno, añadiría que la voluntad de pertenencia puede estar acompañada de jerarquías implícitas, de lealtades invisibles, que pueden perturbar el proceso decisorio.

V. CONCLUSIÓN: PROCLAMAR EL COMPROMISO DE VALENTÍA ÉTICA DE LOS ÁRBITROS COMO RESPUESTA A UN EJERCICIO ABIERTO DE TOMA DE CONCIENCIA DE SUS TEMORES

La función arbitral contiene siempre un elemento de conflicto, porque obliga a decidir en favor de una de las partes, en detrimento de la otra, dentro del marco de una lucha procedimental (es una disputa). Y a la vez, es una profesión que puede estar bien remunerada y, por tanto, tentadora. Ya hemos enunciado que ambas circunstancias (conflicto, carrera profesional) pueden ser fuente de temores. La solución del árbitro frente a su miedo es su valentía, en conexión con sus altos ideales (como Arjuna). El filósofo José Antonio Marina nos propone «aspirar a un proyecto de vida que, antes de existir en la realidad, solo existe en nuestra mente» (10) (altos valores éticos, en el caso del arbitraje). Marina considera al miedo como una forma de facilidad, porque la búsqueda obsesiva del bienestar nos lleva a la sumisión, que es la solución confortable (11) . La valentía, en cambio, nos libera, pero nos hace perder parte del bienestar. Castany asegura, leyendo a los clásicos también, que el egoísmo (la actuación en beneficio de uno mismo solamente) es malo, porque rompe esa solidaridad ontológica que debería unir a todos los seres frente a la muerte (12) , y que no necesitamos recompensas ni amenazas en la otra vida, ni instancias trascendentes de ningún tipo, para comprender que hacer el bien nos sienta bien (13) .

En conclusión, decíamos al principio respecto a la ética de los negocios que una de las preocupaciones es la de la generación de entornos adecuados para que el comportamiento ético no pueda ser propio solo de los héroes o heroínas, o de los idealistas. En el caso del arbitraje, que se basa en la confianza de las partes en el buen actuar de los árbitros, también es imprescindible profundizar en cuál sea el entorno adecuado para que los árbitros actúen rectamente. Y nos parece que el conocimiento de este entorno de actuación es clave para dotar de credibilidad los altos propósitos éticos que la comunidad arbitral se impone.

Desde esta perspectiva, estamos proponiendo un ejercicio abierto de toma de conciencia adicional de la vulnerabilidad formal de los árbitros frente a los Jueces y, en concreto, de los posibles temores que pueden afrontar en su desempeño. Este ejercicio abierto de toma de conciencia adicional del miedo como parte natural de la actividad decisoria del árbitro permite también a la comunidad arbitral trasladar (¡proclamar!) firmemente su compromiso de superarlo, de su valentía ética en el desempeño de su función, como vía adicional de defensa y fomento del arbitraje, es decir, de la promoción adicional de la confianza de las partes en esta admirada institución.

.....

(1) Directiva (UE) 2019/1937 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, pendiente de

transposición como ley en España en la fecha de esta nota (16 de noviembre de 2022).

Ver Texto

(2) Por ejemplo, O.C. Ferrell, J. Fraedrich y L. Ferrell, *Ethical decision making and cases*. Mason (Ohio): South-Western Cengage Learning, 8ª ed., 2011. Una didáctica exposición de los argumentos en favor y en contra de una visión más estrecha o más amplia de la responsabilidad de las empresas, en W. Shaw y V. Barry, *Moral Issues in Business*. Belmont (CA): Wadsworth/Thomson Learning, 2004.

Ver Texto

(3) Utilizo la expresión «árbitro» o «tribunal arbitral» como expresión genérica, para evitar las repeticiones. Opto por reservar la expresión «árbitra» para marcar su especificidad (por ejemplo, en la expresión «debe incrementarse el nombramiento de árbitras»).

Ver Texto

(4) Menkel-Medow, Carrie: «Ethics and Professionalism in non-Adversarial Lqwyering», 27 Fla. St. U.L. Rev., vol. 27, 1999, p.153, n 49 citada en C.A. Rogers, *Ethics in international Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014 , p. 278.

Ver Texto

(5) J. Gomá Lanzón, *Ejemplaridad pública*. Madrid: Santillana Ediciones Generales S.L.- Taurus, 2009, p. 114.

Ver Texto

(6) J. Carse, *Finite and infinite games. A vision of life as play and possibility*, Nueva York, The Free Press, a division of Macmillan, Inc, 1986.

Ver Texto

(7) A. MacIntyre, *Tras la virtud*. Barcelona: Espasa libros- Austral, 1987 (Traducción de Amelia Valcárcel), en especial, Cap. 14, «La naturaleza de las virtudes», pp. 226-251.

Ver Texto

(8) Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. Barcelona, Editorial Gredos, SA, 2022, traducción de julio Pallí Bonet , p. 53.

Ver Texto

(9) C.A. Rogers, *op. cit*., p. 329.

Ver Texto

(10) J.A. Marina, José Antonio: *Anatomía del miedo. Un tratado sobre la valentía.* Barcelona, Anagrama, 2006. P. 91.

Ver Texto

(11) *Ibíd.*, p . 194.

Ver Texto

(12) Castany Pardo, Bernat: *Una filosofía del* miedo. Barcelona, Anagrama, 2022, p. 260.

Ver Texto

(13) I*bíd.*, p. 258.

Ver Texto

Mediación penal y/o justicia restaurativa: *status quo*

Penal mediation and/or restorative justice: *status quo*

La mediación penal todavía se identifica con la justicia restaurativa cuando esta última es omnicomprensiva de la primera o bien la primera se traduce en justicia restaurativa para los países adscritos a la tradición jurídica del *Civil Law* como España. En todo caso, todavía pervive en términos generales una anomia legislativa que pronto o después tendrá que ser «reparada» porque la mediación penal en nuestro país existe y se practica. Por ello aquí se desea realizar una breve reflexión sobre el estado de la cuestión a la fecha desde la perspectiva internacional, europea y estatal.

Mediación penal, Justicia restaurativa, Marco internacional, europeo y estatal

Penal mediation is still identified with restorative justice when the latter is all-encompassing of the former or when the former is translated into restorative justice for countries attached to the legal tradition of Civil Law such as Spain. In any case, a legislative anomie still survives in general terms, which will soon or later have to be «repaired» because penal mediation in our country exists and is practised. For this reason, we would like to make a brief reflection on the state of play to date from an international, European and national perspective.

Penal mediation, restorative justice, international, European and national framework

Mar Jimeno Bulnes

Catedrática de Derecho procesal

Universidad de Burgos. ORCID: 0000-0001-8213-3218

«Restorative justice has a great potential to contribute to the achievement of Sustainable Development Goal (SDG) 16 on providing access to justice for all and building effective, accountable and inclusive institutions at all levels» (Handbook on Restorative Justice Programmes, United Nations, 2020)

I. INTRODUCCIÓN

Creo es un momento oportuno para reflexionar sobre el estado de la cuestión en relación con una temática tan controvertida en su día desde la academia penal y procesal (1) como es la mediación

penal o ahora denominada ya justicia restaurativa. Justicia restaurativa que surge como una «nueva idea de Justicia, y especialmente de justicia penal», «un nuevo concepto de *Acces to Justice*» y «un cambio de paradigma en la justicia» (2) . La misma parece además emerge con más brío al hilo del concepto de sostenibilidad que hoy preconiza Naciones Unidas dentro de su agenda de desarrollo sostenible; de ahí que encaje sin dificultad en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 (3) , concretamente en el objetivo 16 y así «promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas» en la línea afirmada por la propia institución como se pone de relieve al inicio.

No es propósito por ello aquí y ahora realizar examen de tales conceptos de mediación penal y justicia restaurativa, estudio que se ha hecho en otro momento y lugar (4) , sino realizar una sumaria reflexión sobre el estado de la cuestión a fecha de hoy en el panorama internacional, europeo y, especialmente estatal, en nuestro caso español. Sirva simplemente en este momento recordar que la mediación penal NO es equivalente a justicia restaurativa y que sí así pudiera afirmarse, ello deriva del hecho de que en nuestro país y otros del entorno adscritos a la tradición jurídica del *civil law* el mecanismo de justicia restaurativa contemplado (o mejor dicho, practicado) es únicamente la mediación penal (5) . No así en los países y modelos de justicia penal adscritos al *common law*, donde son otras en mayor medida las instituciones previstas y, aquí sí, institucionalizadas y reguladas, en particular, conferencias y círculos de sentencia (6) . Por ello que la justicia restaurativa es omnicomprensiva de la mediación penal, si bien esta última ni siquiera es el método que cumple los mayores estándares de justicia restaurativa a la luz de objetivos así como características de unos y otros (7) .

En todo caso y pese a la ausencia de regulación legal a este respecto, siquiera en nuestro país con carácter general, la justicia restaurativa o ahora mediación penal existe y se practica. Carece así de sentido cerrar los ojos a la evidencia cuando en cambio debería procederse a un cambio de postura en este sentido desde el legislador e instituciones oficiales. El marco legislativo internacional y, aún con más fuerza, el europeo así lo imponen por lo que parece también existe un cambio de actitud por parte del legislador patrio si definitivamente entra en vigor el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (8) , cuya incertidumbre hoy nos acompaña. Por todo ello creo pertinente exponer el panorama que en la actualidad pervive desde esta triple perspectiva internacional, europea y estatal a fin de advertir la presencia y reconocimiento de la justicia restaurativa a fecha de hoy.

II. MARCO INTERNACIONAL: LA LABOR REALIZADA DESDE LAS NACIONES UNIDAS

Desde la perspectiva internacional son varios los textos que se ocupan de la justicia restaurativa en sentido amplio con una y otra nomenclatura, siendo además reconocido el valor de *Soft Law* que adquiere este tipo de fórmulas y prácticas oficiosas en el mundo jurídico (9) . Aún la discutible eficacia jurídica de tal normativa internacional interesa, no obstante, aquí su reflejo siquiera por su puesta de relieve en el panorama mundial además del importante valor que adquieren en términos al menos diplomáticos así como ético-morales las resoluciones y recomendaciones procedentes de las más elevadas instituciones y organizaciones internacionales como es, en particular, Naciones Unidas, a menudo fuente inspiradora de posterior normativa europea y nacional (10) . A mayor

abundamiento, a ello se añade la utilidad desempeñada por programas y manuales procedentes en especial de esta última organización, fuerte impulso del escenario europeo y por ende nacional, en nuestro caso español.

De este modo y desde la inicial *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (11) , son varias las manifestaciones e instrumentos dictados por esta organización. Si bien este texto en concreto aún no menciona como tal la justicia restaurativa ni se centra en exclusiva en el ámbito penal, sí refiere la necesidad de utilizar «cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de las víctimas» (12) . Dicho sea de paso, esta última referencia se presta a confusión entre sendos modelos alternativos de justicia así justicia restaurativa y justicia indígena, las cuales, si bien presentan interrelación, no resultan equivalentes (13) , por cuanto la última de ellas puede encajar (y así ocurre en los países donde están presentes comunidades de este tipo como es, por ejemplo, el caso de Australia) en un modelo de justicia tradicional, léase justicia retributiva o jurisdiccional a través del proceso. Se contempla en todo caso, como elemento inherente a dicha justicia restaurativa y/o mediación el resarcimiento e indemnización a las víctimas (14) .

Sin ánimo de exhaustividad en el marco internacional cabe destacar, fundamentalmente y en el sentido indicado, la elaboración de programas de justicia restaurativa en el ámbito penal, cuya base programática produce eco en posteriores instrumentos europeos y nacionales en la línea también anticipada. La fuente jurídica que sustenta tales programas procede de anteriores resoluciones especialmente dictadas desde el Consejo Económico y Social (15) , exhortando todas ellas a la implantación de tales modelos de justicia restaurativa en el seno de los Estados miembros «de conformidad con el Derecho nacional» y así el diseño de unas y otras prácticas en el ámbito de la justicia penal como modelos alternativos a la justicia retributiva desempeñada a partir del proceso en la línea indicada (16) . De este modo y en concreto, la publicación del *Manual de Programas de Justicia Restaurativa* desde la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (*United Nations Office on Drugs and Crime* o UNODOC) (17) , cuyo interés radica precisamente en la enunciación de los elementos comunes y características de tales modelos de justicia restaurativa así como la tipología y participantes en la misma; en suma, mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias junto con la presencia de un «facilitador» (18) .

III. MARCO EUROPEO: NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA

Desde el ámbito europeo cabe diferenciar la normativa procedente de sendas organizaciones supranacionales, así Consejo Europeo y Unión Europea, esta última con efecto jurídico vinculante como es bien sabido; no obstante, merece reseña también la primera en cuanto anticipatoria de la segunda y a menudo fuente inspiradora de la misma. Así tiene lugar a partir del dictado de las correspondientes recomendaciones por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa (19) ocupando el primer puesto la *Recomendación n.º R (1985) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal,* de fecha de 28 de junio de 1985; en ella se hace referencia a la

necesidad de «facilitar la eventual reconciliación entre víctima y delincuente» al igual que de proceder «a la reparación del perjuicio por el delincuente y la indemnización a cargo del Estado» (20) diferenciando sendas instituciones, reparación e indemnización en la línea preconizada por las Naciones Unidas, ello aún ausente mención específica a la mediación o cualesquiera fórmulas de justicia restaurativa. Con posterioridad se sucede la promulgación de la *Recomendación n.º R (1999) 19 sobre la mediación en materia penal,* adoptada el 15 de septiembre de 1999, donde opera ya el reconocimiento de ésta como «complemento y alternativa del proceso penal tradicional» (21) y, en fecha más reciente entrado el nuevo siglo, la *Recomendación n.º R (2018) 8 sobre justicia restaurativa en materia penal,* de fecha de 3 de octubre de 2018, proporcionando definición y principios básicos, en este caso ya, de la justicia restaurativa.

En el sentido indicado interesa especialmente el marco jurídico de la Unión Europea en reconocimiento expreso, primero de la mediación y luego ya de la justicia restaurativa en su conjunto, en sintonía con anteriores instrumentos internacionales y europeos enunciados. Así cabe destacar inicialmente la rúbrica del art. 10: Mediación penal en el marco del proceso penal contenida en la *Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal* (22) y la que nunca observó transposición, siquiera en nuestro país, a pesar de gozar este precepto del plazo para ello más tardío (23) ; tampoco su redacción resultaba muy afortunada pues, más allá de encomendar a los Estados miembros el impulso de «la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida» (art. 10.1º), prescribía una ambigüedad deliberada para el posible acuerdo que pudieran adoptar víctima e inculpado en el marco de la misma, para el que únicamente se preveía su «toma en consideración», que no ejecución en modo alguno (24) .

Nuestro legislador aún confunde, al parecer de manera intencionada justicia restaurativa y mediación equiparando ambos procedimientos

Un importante cambio en la hoja de ruta europea y nacional por lo que ello supone tiene lugar a partir de la publicación de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos y la protección de las víctimas* (25) . No en vano dicha norma apuesta ya definitivamente por el modelo de justicia restaurativa o «reparadora» según la expresión contenida textualmente en la rúbrica del art. 12: Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora; de este modo se estable una suerte de derecho a la misma con elenco de garantías y condiciones (26) , cuya observancia encomienda a los Estados miembros. En cambio, la definición de tal justicia restaurativa o «reparadora» en terminología de la presente norma se ha anticipado ya en anterior art. 2.1º.d) (27) mientras que la tipología de mecanismos de este carácter se dispone previamente en el considerando n.º 46 del Preámbulo con inclusión dentro de la misma, «por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia» en un elenco que no pretende ser exhaustivo; a mayor abundamiento, dicha norma programática añade también

los factores a considerar a la hora de derivar las causas penales a tales «servicios de justicia reparadora» (28) .

IV. MARCO ESTATAL: EL ESCENARIO EN ESPAÑA

Por razones de espacio y oportunidad dentro del marco estatal se realiza breve examen aquí únicamente del panorama español (29) . De este modo en nuestro país tuvo lugar en su día la adaptación de la Directiva 2012/29/UE en tiempo y forma bajo la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD) (30) al que acompaña su norma de desarrollo, cual es el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, el cual se ocupa especialmente de la implantación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (31) . De este modo el art. 15 EVD, bajo la rúbrica «Servicios de justicia restaurativa» recoge el mandato del legislador europeo disponiendo que «las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito» imponiendo para ello un listado de requisitos (32) . No obstante, nuestro legislador patrio aún confunde —intencionadamente a mi juicio— justicia restaurativa y mediación equiparando ambos procedimientos (33) ; ello todavía más criticable hecho anuncio de la «superación» de esta tradicional equivalencia en la Exposición de Motivos de la norma en cuestión (34) . Con todo, la verdadera problemática estriba precisamente en el silencio legal o reglamentario al respecto aún a la fecha, por cuanto ninguna normativa ha sido dictada en previsión de tales servicios de justicia restaurativa o, llegado el caso, al menos procedimiento de mediación penal.

En efecto la situación a la fecha y por ello el *status quo* es la anomia legislativa respecto de la justicia restaurativa o siquiera mediación penal en nuestro país salvo dos contadas excepciones, en clave positiva y negativa respectivamente. En cuanto a la primera se trata de la regulación positiva existente en el ámbito del proceso penal de menores hecha previsión en los artículos 19 y 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (35) además de su mención en la correspondiente Exposición de Motivos, si bien ausente siempre y en todo caso la denominación de mediación penal y menos aún la de justicia restaurativa (36) ; en este caso y sumariamente lo que ocurre es que cabe el sobreseimiento del «expediente» o, en suma, archivo de las actuaciones del proceso penal en curso, por existir conciliación y/o compromiso de reparación entre el menor y la víctima, bien a instancia del desistimiento del ejercicio de acción penal por parte del Ministerio Fiscal o bien a propuesta del equipo técnico, quien realizará las funciones de mediador, teniendo lugar la suscripción de dos acuerdos opcionales y cumulativos (acuerdo de conciliación y acuerdo de reparación) con las condiciones allí descritas (37) .

Más llamativa aún justificable resulta la segunda, en este caso aplicable con carácter general al proceso penal de adultos (38) y así la prohibición de la mediación penal en el ámbito de la violencia de género según preceptúa el art. 87 ter.5 LOPJ desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (39) , la que tantos ríos de tinta ha causado entre partidarios y detractores de dicha prohibición, dando lugar a tesis doctorales en la materia abordadas desde la práctica judicial (40) . Sin entrar ahora en la discusión,

sirva recordar el aval proporcionado desde las instancias europeas y así, en concreto, sentencia *Magatte Gueye*, de fecha de 15 de septiembre de 2011 (41) , en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o TJUE, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona, declara en su fallo que la norma europea entonces vigente y así, en concreto, el art. 10 Decisión Marco 2001/220/JAI «permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones»; vaya por delante que dicha equiparación entre violencia intrafamiliar y violencia de género resulta bastante desafortunada (42) pero, por lo que ahora importa, desde Luxemburgo se autoriza la excepción a este respecto contenida en la norma española.

No se propone al menos de momento la justicia restaurativa como alternativa sino como complemento a proceso penal debiendo revisarse para ello cuestiones aún pendientes de resolver

Pero más allá de la previsión legal ahora contenida en el art. 84.1º CP a favor de una mediación *post-sententiam* a partir de la reforma de la norma penal sustantiva llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de mayo (43) , la cual contempla la suspensión de ejecución de la pena con motivo del «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación», no hay nada nuevo bajo el sol. Y sin embargo la justicia restaurativa bajo la fórmula de mediación penal se practica en no pocas sino en la práctica totalidad de la geografía española a raíz del impulso proporcionado desde instituciones públicas y privadas, léase Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y Colegios de Abogado respectivamente, además del apoyo fundamental manifestado en la práctica judicial diaria desde fiscalía y juzgados decanos, quienes se ocupan de la necesaria derivación de los casos; se parte para ello como necesario fundamento legal de la circunstancia atenuante de reparación a la víctima recogida en el art. 21.5ª CP (44) . Sin obviar las experiencias pilotos encontradas ya a fecha de 1985 en ciudades como Valencia hasta su extensión en la década del año 2000 a casi todas las ciudades de nuestro país en virtud de la aplicación del correspondiente Protocolo de mediación penal puesto a disposición por el CGPJ (45) , por cercanía me permito recordar aquí la actividad desarrollada por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos de Burgos (AMEPAX) en Burgos, cuya última memoria incluye los datos fecha de 2021; en este sentido y a modo de ejemplo, se cifra en 15 los años de funcionamiento del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León en Burgos con un número total de 277 asuntos derivados a mediación desde el año 2006 (46) .

Finalmente, habrá que esperar si tiene lugar definitivamente la entrada en vigor del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado el 24 noviembre de 2020, donde ya se contempla de modo expreso la justicia restaurativa como forma especial de terminación del procedimiento y así su regulación bajo esta misma rúbrica de «la justicia restaurativa» en Libro I, Título IV, Capítulo III (arts. 181-185). Se vincula así la misma a la actuación del principio de oportunidad en el sentido expresado por el propio Preámbulo de la norma aclarando en todo caso de que tampoco supone otorgar a las

partes procesales «un poder omnímodo de disposición» como existe en el ámbito de los delitos privados acudiendo para ello a la cita de la Recomendación n.º R (2018) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa arriba mencionada; en concreto se encomienda la tarea de impulsar «la solución reparadora de los intereses particulares» al Ministerio Fiscal, quien actúa ahora en calidad de «director de investigación», cual es la novedad fundamental, sin duda, del Anteproyecto (47) . Por su parte, el articulado en cuestión contempla los principios (art. 181), procedimiento (art. 182), consecuencias (art. 183) y ciertas especialidades relativas a la práctica de la justicia restaurativa durante el desarrollo de la fase de juicio oral (art. 184) además de la previsión de la interrupción del plazo de prescripción del delito (art. 185), con mayor o menor acierto y aún todavía bastantes omisiones (48) .

V. REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto y excedida la extensión de estas páginas de lo que ahora se pretende sólo resta realizar balance final del estado de la cuestión o *status quo* en relación con la justicia restaurativa y/o mediación penal a partir de contexto internacional, europeo y español expuesto. Pocos temas han observado una discrepancia mayor en la academia y, en menor medida, foro entre defensores y detractores de la institución, si bien, parece los ánimos se van calmando. La justicia restaurativa se asoma y, en mi modesta opinión, ya no sirve cerrar los ojos a la evidencia. El principio de oportunidad que ha tenido entrada en nuestro ordenamiento jurídico a partir de otras manifestaciones del Derecho Procesal Penal como es el caso concreto y ahora ejemplificativo de la conformidad (49) , institución importada desde el *plea bargaining* estadounidense (por cierto, país paraíso del principio de oportunidad puro y duro (50)), desde luego no sería inaugurado con el reconocimiento de la institución que ahora se propone. Por ello sería también «oportuno», dicho sea de paso, el reconocimiento legislativo de la práctica judicial finalizando la actual anomia legislativa, que no el ejercicio de la justicia restaurativa en la línea mostrada, si bien a la fecha con un ámbito desigual e incompleto en los distintos Juzgados y Tribunales españoles.

Dentro del principio de legalidad imperante en nuestro país en virtud del art. 124.1º CE no se propone ahora o al menos de momento la justicia restaurativa como alternativa sino como complemento a proceso penal (51) debiendo revisar para ello diferente problemática o cuestiones aún pendientes de resolver. Así, por ejemplo y entre otras, si procede la determinación de un catálogo de delitos susceptibles de ser derivados a esta vía (52) o, en su caso, determinación del umbral de pena; el estatuto así como capacitación y/o cualificación del mediador o «facilitador» en virtud del método de justicia restaurativa previsto o previstos si fueran varios (cuestión esta última también de importante y fundamental previsión); regulación de características y requisitos con especial detenimiento en aquellos aspectos que se prestan a posible colisión con derechos fundamentales (es el caso de la presunción de inocencia puesta en relación con la exigencia de reconocimiento de hechos por parte del infractor (53)); previsión de los efectos del acuerdo o solución extrajudicial que se adopte así como la procedencia de la efectiva reparación...

Queda, pues, mucho camino por recorrer pero «se hace camino al andar y al andar se hace el camino» como recordaba nuestro insigne poeta. Y aún hay tiempo hasta 2030.

BIBLIOGRAFÍA

BARALLAT LÓPEZ, J. «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013 https://www.jcyl.es/web/es/administracionpublica/revista-juridica.html.

BARONA VILAR, S., «"Restorative justice", víctima y mediación. Tres conceptos en el nuevo paradigma de la entrópica justicia penal», en J. de Lucas Martín, E. Vidal Gil, E. Fernández Ruiz-Gálvez y V. Bellver Capella (coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 53-77.

BUENO DE MATA, F., «La conformidad como medida restaurativa principal en un sistema de justicia juvenil contemporáneo: análisis y propuestas de reforma», en L. Bujosa Vedell, F. Martín Diz (dres), González Pulido, I. y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Cizur Menor , Thomson Reuters & Aranzadi, 2022, pp. 247-263.

CABEZUDO RODRIGUEZ, N., «El último (y controvertido) creo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», La Ley Penal, n.º 86, 2011 https://revistas.laley.es.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., «Reflexiones sobre el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre víctima y menor infractos en casos de violencia de género», en L. Bujosa Vedell, F. Martín Diz (dres), González Pulido, I. y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Cizur Menor, Thomson Reuters & Aranzadi, 2022, pp. 265-280.

CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, pp. 22-51.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., «La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y su reglamento», en M. Martinez Escamilla y M.P. Sánchez Álvarez (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, Reus, 2012, pp. 309-339.

DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014 https://www.iustel.com

DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León-AMEPAX)», en V. Cervelló Donderis (coord.), Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 353-377.

ESPÍN LÓPEZ, I., «La suspensión de la ejecución de la pena tras la reforma de 2015», *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. LXXII, n.º 2207, pp.3-70.

FERNÁNDEZ CARRON, C., «Algunas cuestiones controvertidas en torno al desistimiento del ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento del proceso por acuerdos a resultas de la mediación entre el menor y la víctima», en P. Garciandía González, H. Soleto Muñoz (dirs.) y S. Oubiña Borbolla (coord.), *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)* , Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 665-680.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., La mediación en procesos por violencia de género, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

FLORES PRADA, I., «Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (Riedpa)*, n.º 2, 2015 https://www.riedpa.com.

GARCÍA RODRIGUEZ, M.J., «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de victimología* , Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 121-144.

GÓMEZ COLOMER, J.L., «Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima», *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 37, 2015, pp.181-220.

GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.

GUARDIOLA GARCÍA, J., «El compromiso internacional con la mediación penal y su vigencia en España», en V. Cervelló Donderis (coord.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 25-67.

GUARDIOLA LAGO, M.J., «La víctima de violencia de género en e sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 12, 2009, https://www.iustel.com

GUTIÉRREZ GARCÍA, Y., «Las oficinas de asistencia a las víctimas del delito», *Buenas prácticas sobre intervención policial en el ámbito de la discapacidad: resolución de casos*, Madrid, Amifp, 2021, pp. 58-62.

JIMENO BULNES, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, semanal 152, 19 al 25 de octubre de 2015, n.º 5646/2015, pp. 12-23 y

JIMENO BULNES, M., «Sobre la mediación, justicia y otras justicias», en H. Soleto y A. Carrascosa (dirs.) *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 95-148.

JIMENO BULNES, M., «El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, n.º 2, 2013, pp. 201-304.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. «La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 112, 2014, pp. 307-336.

MARTÍN RIOS, P., «La justicia restaurativa en el Anteproyecto de LECrim de 2020», en F. Jiménez

Conde y O. Fuentes Soriano (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1169-1190

McCOLD, P., «Primary restorative justice practices», en A. Morris y G. Maxwell (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oxford & Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 3-58.

McCOLD, P., «The recent history of restorative justice: mediation, circles and conferencing», en D. Sullivan y Tifft (eds.), *Handbook of restorative justice. A global perspective*, London & New York, Routledge, 2006, pp. 23-51.

McGUIGG, R.J.A., «Domestic violence and the ECJ: joined cases C-483/09 and C-1/10 "Magatte Gueye and Valentin Salmeron Sanchez"», *European Public Law*, vol. 18, n.º 4, 2012, pp. 645-654.

MIGUEL BARRIO, R., *Justicia restaurativa y justicia penal*, Barcelona, Atelier, 2019.

MONTERO HERNANZ, T., «La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad de los menores», *Diario La Ley*, n.º 7655, 20 de junio de 2011, https://diariolaley.laleynext.es/

OROMÍ VALL-LLOVERA, S., «El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE (2001/220/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001)», en A. de la Oliva Santos, T. Armenta Deu y M.P. Calderón Cuadrado (coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Madrid, Colex, 2007, pp. 129-157.

PEREIRA PUIGVERT, S., «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», Revista General de Derecho Europeo, n.º 30, 2013 https://www.iustel.com

RUDIN, J., «Aboriginal justice and restorative justice», en E. Elliot y R.M. Gordon (eds.), New directions in restorative justice: issues, practices, evaluation, 2ª ed., London & New York, Routledge, 2011, pp. 89-114.

SANDE MAYO, M.J., «Mediación penal versus presunción de inocencia», en R. Castillejo Manzanares (dra.) y C. Torrado Tarrío (coord.), *La mediación, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Madrid, Wolters Kluwer & La Ley, 2013, pp. 229-246.

SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en P Garciandía González, H. Soleto Muñoz (dirs.) y S. Oubiña Borbolla (coord.), *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 41-68.

SOLETO MUÑOZ, H., «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en H. Soleto Muñoz (dra.), E. Carretero Morales y C. Ruiz López (coords.), *Mediación y resolución de*

conflictos: técnicas y ámbitos, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 35-44.

TAMARIT SUMALLA, J., «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012, pp. 61-88.

TAMARIT SUMALLA, J. «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars iure salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 135-156.

TAMARIT SUMALL, J., VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SERRANO MASIP, M. (coords.), *El estatuto de las víctimas de los delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

TOMÉ GARCÍA, J.A., «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011 y su incorporación en el ordenamiento español», en T. Armenta Deu, F. Gascón Inchausti y M. Cedeño Hernán (coords.), *El Derecho Procesal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Colex, 2006, pp. 259-295.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea», en M. De Hoyos Sancho (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, *Lex* Nova, 2008, pp. 208-231.

VIDALES RODRIGUEZ, C. y PLANCHADELL GARGALLO, A., «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la valoración del Estatuto de la víctima del delito», *Revista del Derecho y proceso penal,* n.º 39, 2015, pp. 199-228.

YAÑEZ GARCÍA-BERNALT, I., «Intervención con menores infractores: hacia la reparación y desjudicialización», en L. Bujosa Vedell, F. Martín Diz (dres), González Pulido, I. y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Cizur Menor, Thomson Reuters & Aranzadi, 2022, pp. 229-245.

(1) Por todos, a modo de ejemplo a la fecha, N. Cabezudo Rodriguez, «El último (y controvertido) creo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *La Ley Penal*, n.º 86, 2011, https://revistas.laley.es.

Ver Texto

(2) Todas expresiones procedentes de S. Barona Vilar, «"Restorative justice", víctima y mediación. Tres conceptos en el nuevo paradigma de la entrópica justicia penal», en J. de Lucas Martín, E. Vidal Gil, E. Fernández Ruiz-Gálvez y V. Bellver Capella (coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart,* t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 53-77, esp. pp. 53 y 62. Sobre esta última reflexión también, ampliamente, R. Miguel Barrio, *Justicia restaurativa y justicia penal*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 27 ss, en justificación, entre otros motivos, a la actual situación de crisis que hoy día y a su juicio atraviesa el Derecho Penal. En general este «nuevo paradigma» alcanza a

cualesquiera métodos de resolución alternativa de conflicto en cualesquiera ámbitos; así H. Soleto Muñoz, «El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos», en H. Soleto Muñoz (dra.), E. Carretero Morales y C. Ruiz López (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos,* 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 35-44.

Ver Texto

(3) Como es sabido adopción de 17 objetivos por los líderes mundiales a fecha de 25 de septiembre de 2015 en página web oficial de la institución.

Ver Texto

(4) M. Jimeno Bulnes«¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley* , semanal 152, 19 al 25 de octubre de 2015, n.º 5646/2015, pp. 12-23 y «Sobre la mediación, justicia y otras justicias», en H. Soleto y A. Carrascosa (dirs.) *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas,* Valencia, Tirant lo Blanch , 2019, pp. 95-148.

Ver Texto

(5) Al respecto V. Cervelló Donderis, «Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, pp. 22-51, esp. p. 23, calificando a la mediación penal de «principal herramienta de la justicia restaurativa», claro está en nuestro país; en línea similar J.L. Gómez Colomer, «Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima», *Revista de Derecho y proceso penal,* n.º 37, 2015, pp.181-220, esp. pp. 213 y 216, para quien la mediación penal es «la manifestación más importante, aunque no la única, de la justicia restaurativa», de nuevo en España.

Ver Texto

(6) Sobre esta división tripartita de prácticas restaurativas en particular y así mediación, conferencias y círculos P. McCold, «Primary restorative justice practices», en A. Morris y G. Maxwell (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation and circles*, Oxford & Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 3-58 y «The recent history of restorative justice: mediation, circles and conferencing», en D. Sullivan y Tifft (eds.), *Handbook of restorative justice. A global perspective*, London & New York, Routledge, 2006, pp. 23-51.

Ver Texto

(7) De esta opinión J. Tamarit Sumalla, «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars iure salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 135-156, esp. 143 considerando que la mediación es «principalmente» pero no «plenamente» restaurativa.

Ver Texto

(8) Aprobado en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 y disponible en el servidor oficial del Ministerio de Justicia, en concreto ULR https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/normas-tramitacion/anteproyectos-informados.

Ver Texto

(9) Así I. Flores Prada, «Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (Riedpa),* n.º 2, 2015, https://www.riedpa.com, p. 5, en alusión a la búsqueda de soluciones eficaces «fuera del *hard law* jurisdiccional».

Ver Texto

(10) Entre la literatura, un examen de dicho marco internacional a partir de los instrumentos dictados por parte de Naciones Unidas, J. Guardiola García, «El compromiso internacional con la mediación penal y su vigencia en España», en V. Cervelló Donderis (coord.), *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 25-67.

Ver Texto

(11) Disponible en ULR https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse.

Ver Texto

(12) Ap. 7.

Ver Texto

(13) Al respecto y entre otros, J. Rudin, «Aboriginal justice and restorative justice», en E. Elliot y R.M. Gordon (eds.), *New directions in restorative justice: issues, practices, evaluation*, 2ª ed., London & New York, Routledge, 2011, pp. 89-114. Así también, *in genere,* M. Jimeno Bulnes, «Sobre la mediación, justicia y otras justicias», *loc. cit*., pp. 104 ss, para una diferenciación conceptual entre mediación, justicia restaurativa, justicia indígena y justicia terapéutica .

Ver Texto

(14) Así resarcimiento «a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo» por «los delincuentes o los terceros responsables» (ap. 8) e indemnización a cargo de los estados «cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente u otras fuentes» (ap. 12).

Ver Texto

(15) En concreto y entre otras, con carácter inicial, Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, bajo el título «Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia retributiva en materia penal», Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, titulada «Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal» y Resolución 2002/12, de 24 de julio de 2002, bajo la rúbrica «Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal», todas ellas disponibles en buscador oficial de la institución https://www.un.org/ecosoc/es/documents/resolutions.

Ver Texto

(16) *Vid.*. Resolución aprobada por el Consejo Económico y Social el 26 de julio de 2016, *2016/17. Justicia restaurativa en asuntos penales,* disponible en anterior servidor y en la cual se enumera en el Preámbulo,

dentro de tales «procesos de justicia restaurativa... la mediación entre víctimas y delincuentes, las conversaciones en el seno de grupos comunitarios o familiares, los círculos de sentencia, el establecimiento de la paz y las comisiones de la verdad y la reconciliación»; asimismo en su articulado «alienta a los Estados miembros a que, cuando proceda, faciliten los procesos de justicia restaurativa, de conformidad con el Derecho nacional, entre otras cosas mediante el establecimiento de procedimientos o directrices relativos a las condiciones para la prestación de esos servicios» (ap. 3) en la línea arriba indicada.

Ver Texto

(17) *Handbook on Restorative Justice Programmes, Second Edition*, Vienna, United Nations, 2020, disponible en ULR https://www.unodc.org/unodc/es/justice-and-prison-reform/cpcj-restorative-justice.html.

Ver Texto

(18) *Vid.. Annex, United Nations Basic principles on the use of Restorative Justice Programmes in criminal matters*, ap. I. *Use of terms*. Llama la atención, siquiera desde la perspectiva Española, la inclusión de la conciliación como mecanismos de justicia restaurativa en el ámbito penal, el que a la postre tampoco ha encontrado posterior reconocimiento en sede europea y estatal.

Ver Texto

(19) Todas ellas disponibles en buscador oficial de la institución https://search.coe.int. Un elenco de las mismas se realiza en particular por M.J. García Rodriguez, «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de Victimología: actas del I Congreso español de victimología,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 121-144.

Ver Texto

(20) Cdo. VI y ap. A.2. respectivamente.

Ver Texto

(21) Preámbulo, 2º párrafo, estableciendo a continuación en posterior anexo definición, principios generales y fundamento jurídico de la misma.

Ver Texto

(22) DO L 82 de 22.3.2001. A modo de ejemplo, por todos, B. Vidal Fernández, «El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea», en M. De Hoyos Sancho (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Valladolid, *Lex* Nova, 2008, pp. 208-231.

Ver Texto

(23) En concreto, 22 de marzo de 2006, conforme art. 17. Ello a pesar de su vaticinado cumplimiento a la fecha, como era lógicamente de esperar; así S. Oromí Vall-Llovera, «El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados

miembros de la UE (2001/220/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001)», en A. de la Oliva Santos, T. Armenta Deu y M.P. Calderón Cuadrado (coords.), *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Madrid, Colex, 2007, pp. 129 -157 y, en sentido similar, J.A. Tomé García, «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011 y su incorporación en el ordenamiento español», en T. Armenta Deu, F. Gascón Inchausti y M. Cedeño Hernán (coords.), *El Derecho Procesal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid , Colex, 2006, pp. 259-295.

Ver Texto

(24) Textualmente, «los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales» (art. 10.2).

Ver Texto

(25) DO L 315 de 14.11.2012. Entre la numerosa bibliografía a la fecha M. De hoyos Sancho, «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014, https://www.iustel.com y M. Llorente Sánchez-Arjona, «La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 112, 2014, pp. 307-336.

Ver Texto

(26) Básicamente, «consentimiento libre e informado de la víctima», «información exhaustiva e imparcial» a la víctima sobre el concreto «proceso de justicia reparadora y sus resultados», reconocimiento por el infractor de «los elementos básicos del caso», voluntariedad en el alcance de cualesquiera acuerdos y confidencialidad de los «debates en los procesos de justicia reparadora». A modo de ejemplo sobre estas condiciones a la fecha S. Pereira Puigvert, «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, https://www.iustel.com.

Ver Texto

(27) Así, textualmente, «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial». Resulta patente la existencia de consentimiento como presupuesto previo para acudir a tales mecanismos de justicia reparadora así como su dirección por parte de un mediador o, en su caso, «facilitador».

Ver Texto

(28) En concreto «la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima», todo lo cual parece obligar en último término a los Estados miembros y, en suma, a la autoridad estatal correspondiente proceder a una selección de las causas penales atribuidas a tales servicios de justicia restaurativa en una suerte de *case-by-case basis.*

Ver Texto

(29) Dentro de la numerosa bibliografía que realiza tratamiento de la mediación penal y/o justicia restaurativa en el Derecho Comparado se cita aquí a modo de ejemplo la clásica obra de L.F. Gordillo Santana, *La justicia restaurativa y la mediación penal,* Madrid, Iustel, 2007, pp. 261 ss.

Ver Texto

(30) BOE 28.4.15. Entre la numerosa bibliografía, por todos, J. Tamarit Sumall, C. Villacampa Estiarte y M. Serrano Masip (coords.), *El estatuto de las víctimas de los delitos: comentarios a la Ley 4/2015,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Ver Texto

(31) BOE 30.12.2015. Una breve explicación muy didáctica sobre las mismas se ofrece por Y. Gutiérrez García, «Las oficinas de asistencia a las víctimas del delito», *Buenas prácticas sobre intervención policial en el ámbito de la discapacidad: resolución de casos*, Madrid, Amifp, 2021, pp. 58-62. Así también de interés la propia información dispuesta en la página web institucional del Ministerio de Justicia para aquellas Comunidades Autónomas, cuyas competencias en materia de justicia no están transferidas: https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/victimas/oficinas-asistencia-victimas.

Ver Texto

(32) Así, sumariamente, dentro del listado contemplado en art. 15.1 EVD: reconocimiento de los hechos por el infractor, consentimiento (revocable en ambos casos) de víctima e infractor, ausencia de riesgo para la víctima e inexistencia de prohibición legal para el concreto delito. Tal es el caso del art. 87 ter.5 LOPJ que excluye la mediación en los supuestos de violencia de género de inmediata cita.

Ver Texto

(33) Textualmente, «d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima»; a mayor abundamiento, el posterior art. 15.2º EVD estipula que «los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales» así como «los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación estarán sujetos a secreto profesional» mientras que el art. 15.3º EVD dispone que «la víctima y el infractos podrán revocar el consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento». Está por ello claro el modelo de justicia restaurativa previsto por el legislador español.

Ver Texto

(34) Textualmente: «el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor» (ap. VI *in fine*). Esta discrepancia ha sido también objeto de crítica por diversa literatura; a modo de ejemplo, C. Vidales Rodriguez y A. Planchadell Gargallo, «La mediación penal: análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la valoración del Estatuto de la víctima del delito», *Revista del Derecho y proceso penal*, n.º 39, 2015, pp. 199-228, esp. p. 212.

Ver Texto

(35) BOE 13.1.2000. Habrá de tenerse en cuenta también el RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que acompaña a la presente ley (BOE 30.8.2004) y así en concreto el art. 5 bajo la rúbrica «modo de llevar a cabo las resoluciones extrajudiciales»; al respecto, M.A. Cobos Gómez de Linares, «La mediación en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y su reglamento», en M. Martinez Escamilla y M.P. Sánchez Álvarez (coords.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso,* Madrid, Reus , 2012, pp. 309-339, esp. pp. 316 ss, añadiendo experiencias prácticas en diferentes Comunidades Autónomas.

Ver Texto

(36) Pese a todo algún sector doctrinal ahonda en esta denominación; así, por ejemplo, T. Montero Hernanz, «La justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad de los menores», *Diario La Ley,* n.º 7655, 20 de junio de 2011, https://diariolaley.laleynext.es/ Al respecto, a fecha en que se escriben estas líneas precisamente I. Yañez García-Bernalt, «Intervención con menores infractores: hacia la reparación y desjudicialización», en L. Bujosa Vedell, F. Martín Diz (dirs.), González Pulido, I. y W. Reifarth Muñoz (coords.), *Menores infractores: predicción, gestión del riesgo e intervención*, Cizur Menor, Thomson Reuters & Aranzadi, 2022, pp. 229-245, esp. pp. 238 ss, sobre nuestro país y otros modelos de Derecho Comparado.

Ver Texto

(37) Al respecto y sobre la posible problemática en la práctica, C. Fernández Carrón, C. «Algunas cuestiones controvertidas en torno al desistimiento del ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento del proceso por acuerdos a resultas de la mediación entre el menor y la víctima», en P. Garciandía González, H. Soleto Muñoz (dres.) y S. Oubiña Borbolla (coord.), *Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 665-680 .

Ver Texto

(38) Aún discutible si lo sería para el proceso penal de menores según A. Carrizo González-Castell, «Reflexiones sobre el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre víctima y menor infractos en casos de violencia de género», en Bujosa Vedell *et al.*, *Menores infractores…*, *op. cit.*, pp. 265-280, esp. pp. 274 ss, concluyendo parece a favor de la mediación en el supuesto de un delito de violencia de género incluso también en el ámbito del proceso penal de adultos.

Ver Texto

(39) BOE 29.12.2004; el acrónimo LOPJ corresponde lógicamente a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2.7.1985). Entre la numerosa bibliografía a modo de ejemplo, sobre esta temática y a la fecha, M.J. Guardiola Lago, «La víctima de violencia de género en e sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal,* n.º 12, 2009, https://www.iustel.com.

Ver Texto

(40) En concreto M.A. Fernández López, *La mediación en procesos por violencia de género,* Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

Ver Texto

(41) C-483/09 y C-1/10, ECLI:EU:2011:583, Rec. 2011 I-08263.

Ver Texto

(42) En mismo error incurren los comentarios sobre la misma, especialmente desde la bibliografía extranjera claro está; a modo de ejemplo, R.J.A. McGuigg, «Domestic violence and the ECJ: joined cases C-483/09 and C-1/10 "Magatte Gueye and Valentin Salmeron Sanchez"», *European Public Law*, vol. 18, n.º 4, 2012, pp. 645-654.

Ver Texto

(43) BOE 31.3.2015. Al respecto I. Espín López, «La suspensión de la ejecución de la pena tras la reforma de 2015», *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. LXXII, n.º 2207, pp.3-70, esp. pp. 20 ss.

Ver Texto

(44) Recuérdese, «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». En particular J. Tamarit Sumalla, «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en J. Tamarit Sumalla (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Granada , Comares, 2012, pp. 61-88, esp. pp. 69 ss.

Ver Texto

(45) Incluido dentro de la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Madrid, CGPJ, s.f., pp. 93-128, disponible en ULR https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas /Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/. Por cierto, en el mismo servidor oficial de la institución se ofrece un mapa de los órganos judiciales que ofrecen mediación penal en nuestro país y así ULR https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/.

Ver Texto

(46) Memoria año 2021 del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León prestado por la Sociedad de Justicia Restaurativa en colaboración con Amepax, pp. 28 ss, disponible en ULR https://justiciarestaurativa.es/category/temas-de-interes/memorias/ Dicha entidad sin ánimo de lucro fue creada en 2006 bajo el liderazgo de Virginia Domingo de la Fuente, pionera en poner en práctica la mediación penal en el ámbito territorial de Castilla y León. Al respecto V. Domingo de la Fuente, «Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León-AMEPAX)», en Cervelló Donderis, *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, *op. cit*., pp. 353-377.

Ver Texto

(47) Ap. XXVI bajo la rúbrica «principio de oportunidad y justicia restaurativa». Se define la justicia restaurativa 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

(48) En particular P. Martín Rios, «La justicia restaurativa en el Anteproyecto de LECrim de 2020», en F. Jiménez Conde y O. Fuentes Soriano (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal de 2020*, Valencia , Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1169-1190, esp. pp. 1184 ss.

Ver Texto

(49) Por cierto, la que también se califica por parte de algún sector doctrinal como medida restaurativa; en particular F. Bueno Mata, «La conformidad como medida restaurativa principal en un sistema de justicia juvenil contemporáneo: análisis y propuestas de reforma», en Bujosa Vedell *et al., Menores infractores..., op. cit*., pp. 247-263. Precisamente esta institución es el recurso que utiliza el proceso penal ordinario para derivar las causas a una mediación ante la inexistencia de previsión de la misma, lo que en cambio no es necesario en el proceso penal de menores en el sentido indicado dada la existencia de tales acuerdos de conciliación y reparación.

Ver Texto

(50) Sobre las diferencias entre uno y otro modelo de proceso penal en Derecho Comparado y español M. Jimeno Bulnes, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, n.º 2, 2013, pp. 201-304, esp. pp. 262 ss en relación con la aplicación del principio de oportunidad al otro lado del océano.

Ver Texto

(51) En sintonía con la propuesta en su día propugnada desde el Consejo de Europa y así la *Recomendación n.º R (1999)* ya citada. Sobre este carácter de complementariedad en particular H. Soleto Muñoz, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en Garciandía González, Soleto Muñoz y Oubiña Barbolla, *Sobre la mediación penal..., op. cit*., pp. 41-68.

Sobre la mediación penal (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 41-68.

Ver Texto

(52) A modo de ejemplo, sobre esta y otras cuestiones a tener en cuenta en futura regulación en nuestro país J. Barallat López, «La mediación en el ámbito penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 29, 2013, https://www.jcyl.es/web/es/administracionpublica/revista-juridica.html., esp. pp. 13 ss. Así también propuestas concretas en M. Jimeno Bulnes, «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias», *loc. cit*., pp. 145 ss.

Ver Texto

(53) En particular M.J. Sande Mayo, «Mediación penal versus presunción de inocencia», en R. Castillejo Manzanares (dra.) y C. Torrado Tarrío (coord.), *La mediación, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Madrid, Wolters Kluwer & La Ley, 2013, pp. 229-246.

Ver Texto

ESTUDIOS

Compatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía y de su procedimiento de arreglo de controversias con el Derecho de la Unión Europea: entre la modernización y la denuncia

Compatibility of the Energy Charter Treaty and its dispute settlement procedure with European Union law: between modernisation and denunciation

La reciente crisis del gas tras la guerra de Ucrania está afectando seriamente al crecimiento europeo, con las consiguientes reducciones en el suministro, pudiendo tener consecuencias considerablemente más graves. De ahí que proliferen una serie de declaraciones políticas sobre la necesidad de un nuevo régimen de tránsito de energía multiplicándose los debates en la UE de cómo responder a la crisis energética derivada de la guerra, poniendo como objetivo la virtualidad del ECT y el procedimiento de arreglo de controversias que incorpora. Desde hace muchos años el ECT se ha enfrentado a críticas variadas cuyas notas dominantes pueden resumirse, de un lado, en el carácter anticuado de sus disposiciones en materia de inversión y en su incompatibilidad (declarada por el TJ) con las disposiciones de la UE, y, de otro lado, en las amenazas que implica para la transición energética. Aunque está muy extendida la afirmación según la cual la retirada de ese instrumento es la única forma realista de que la UE solucione la incompatibilidad de un obsoleto instrumento con la propia legislación de la Unión, no es la única alternativa viable. Existen, en efecto, otras opciones en el marco del Derecho internacional para remediar esta incompatibilidad.

Política energética. Tratado sobre la Carta de la Energía. Denuncia, Compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, Solución de controversias, Cambio climático.

The recent gas crisis in the aftermath of the Ukraine war is seriously affecting European growth, with consequent reductions in supply potentially having, and complete disruption potentially having, considerably more serious consequences. Hence a proliferation of political declarations on the need for a new energy transit regime has led to a proliferation of debates in the EU on how to respond to the energy crisis resulting from the war, targeting the virtuality of the ECT and the dispute settlement procedure it incorporates. For many years, the ECT has faced a variety of criticisms, the dominant features of which can be summed up, on the one hand, as the antiquated nature of its investment provisions and their incompatibility (declared by the ECJ) with EU provisions, and, on the other hand, the threats it poses to the energy transition. While it is widely held that withdrawal of this instrument is the only realistic way for the EU to address the incompatibility of an obsolete instrument with EU law itself, it is not the only viable alternative. There are indeed other options under international law to remedy this incompatibility.

Energy policy, Energy Charter Treaty, Complaint, Compatibility with EU law, Dispute settlement, Climate change.

Ana Fernández Pérez

Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá

Árbitra y mediadora

I. PRECIPITACIÓN DE ACONTECIMIENTOS

1. La energía ha sido, desde siempre, uno de los factores geopolíticos más importantes y la seguridad energética significa tener un acceso estable a las fuentes de energía de forma oportuna, sostenible y asequible. Mientras la factura energética se dispara en todo el mundo y los países se afanan por conseguir fuentes de energía, el impacto de la actual crisis energética es de consecuencias insospechadas. El sector energético consta de miles de activos de electricidad, petróleo y gas natural que están dispersos geográficamente y conectados por sistemas y redes, representando uno de los ámbitos más paradójicos de la Unión Europea (UE) pues fue la principal causa de la propia integración europea: de hecho, las dos primeras Comunidades Europeas (1) abarcaron las políticas del carbón y la energía nuclear; sin embargo, la política de seguridad energética y la regulación del mercado energético durante una primera etapa no contemplaba una política supranacional. Esto ha cambiado esencialmente por dos factores. De un lado, las demandas suscitadas al amparo de los tratados, bilaterales o multilaterales de protección de inversiones, señaladamente el Tratado de la Carta de la Energía (ECT), donde la referencia al cambio climático aparece cada vez con mayor frecuencia. De otro, a raíz de la invasión rusa en Ucrania la crisis energética ha puesto en primera línea del debate la cuestión de la soberanía europea en materia energética. El gas natural ruso ha desempeñado un papel importante en el sistema energético de Europa, no sólo porque se haya optado por su dependencia, sino también porque la producción autóctona de gas natural de Europa ha disminuido.

La incertidumbre y las tensiones geopolíticas resultantes exigen una mayor atención a la seguridad energética. Sin embargo, el discurso dominante ha confiado en que el cambio hacia una energía más limpia conducirá a mercados energéticos más seguros y menos dependientes de los vaivenes geopolíticos, pasando por alto que el camino que conduce a este fin se va a caracterizar por lo contrario

2. En la actualidad la política energética se configura por una serie de medidas destinadas a lograr un mercado de la energía integrado y la seguridad y sostenibilidad del sector energético (2) . La cuestión debe, sin embargo, ser contemplada desde una cuádruple perspectiva:

i) Carente de los necesarios recursos en combustibles fósiles la actual UE debe responder, para el

mantenimiento de su papel protagonista en la economía mundial, al reto de asegurar su capacidad de autoabastecimiento dentro de una grave situación de dependencia energética (3) y para ello ha debido enfocar las relaciones energéticas exteriores limitando las actuaciones aisladas de los Estados miembros y fomentando la cooperación internacional, proponiendo instrumentos concretos sobre cómo deberían negociar, muchas veces en situación de inferioridad con interlocutores energéticos que usan esa materia prima básica de la economía como arma económica y política, como se ha puesto de relieve con la guerra de Ucrania de 2022. La dependencia de la economía europea de la energía y junto con la escasez de recursos naturales contribuyen a la vulnerabilidad de la industria, ponen en cuestión su competitividad y amenazan con que la energía nuclear puede volver a ocupar un papel protagonista.

ii) La liberalización de los mercados de las principales fuentes de energía, el abastecimiento, la seguridad nuclear, el comercio internacional de productos energéticos y el papel de las empresas energéticas, son algunos de los principales temas que, sobre todo en la última década, se han consolidado en la UE y que está emergiendo lentamente también en la comunidad mundial. La expansión de la red y la sincronización siguen dependiendo principalmente de las condiciones económicas y geográficas y a pesar de compartir un marco político y jurídico, la integración técnica y de mercado dentro de la UE se ha producido de forma muy desigual y con gran retraso. No es ningún secreto que las grandes potencias buscan controlar los flujos eléctricos como forma de proyectar el poder político y establecer espacios centralizados o jerarquizados.

iii) La necesidad de hacer frente a estos importantes desafíos, en unos momentos que se inicia un nuevo ciclo político y económico, supone la gestión de la escasez de recursos una dificultad cada vez mayor, con un creciente consumo de energía y un cambio en los modelos de producción. Y a la vez, el fragmentado mercado de la energía y la transición hacia las energías renovables deben abordarse con rapidez y de manera integral mediante políticas que también reduzcan la actual dependencia de fuentes externas, que entrañan un serio riesgo y, complementariamente, es preciso aumentar la competitividad. En cualquier caso, el objetivo de una verdadera «unión de la energía» debería ir acompañado de unas acciones coordinadas en la Unión por reducir las emisiones en vista de los riesgos que plantea el cambio climático (4) .

iv) La transición hacia una energía limpia debe combinar la eficiencia energética con el trato justo a los consumidores. Una transición energética, que no solo sea sostenible, sino también sea justa, requiere la elaboración de instrumentos que no sólo reduzcan la desigualdad, sino que apoye a los consumidores más vulnerables para coordinar el fuerte crecimiento de la demanda energética con los objetivos climáticos globales pertinentes (5) .

Estas cuatro perspectivas obligan al estudio de la normativa de la UE y de los instrumentos de cooperación internacional en el sector de la energía, destacando la estrecha relación entre el proceso de integración europea y la cooperación internacional en la resolución de las cuestiones energéticas más importantes (6) . La autoridad política de la UE y sus instituciones es decisiva para la elaboración de normas a todos los niveles y exige a los países que se incorporan a la red eléctrica integrada europea que adapten las normas de funcionamiento de la red, el intercambio de datos y su mercado de la electricidad para que estén en consonancia con las de la UE.

La transición hacia una energía limpia debe combinar la eficiencia energética con el trato justo a los consumidores.

3. La cuestión energética y el cambio climático son dos temas con un recorrido institucional considerable tanto en las instituciones comunitarias como en los Estados Miembros (7) , pues la evolución de la política climática y medioambiental, sobre todo la transición energética, constituye otro de los principales motores de la expansión de la red. Al lado de las inequívocas ventajas medioambientales que ofrecen las energías renovables, por su positiva respuesta a los retos del cambio climático, figuran la reducción de la dependencia energética (8) , el aumento de la seguridad en el suministro, la reducción del déficit comercial y la mejora de la renta disponible y la competitividad de la economía. Todos estos factores se han traducido desde hace algunos años en la adopción de determinadas acciones por parte de los gobiernos en su favor situándose en el epicentro de la política energética europea dando lugar a un complejo sistema de regulación resultante de la necesidad de cooperación entre los Estados euroasiáticos.

El importante crecimiento del sector de las energías renovables sobrevenido en muchos países en las últimas décadas se debe, en gran medida, al apoyo gubernamental a los proyectos en favor de esta iniciativa. Una parte sustancial de la acción de la UE fue la creación de un mercado interior de la energía que permitiese la libre circulación del gas y la electricidad y su comercialización sin fronteras en todo el territorio de la Unión. Sin embargo, la construcción de semejante mercado con objetivos bien delimitados para suministrar una energía asequible, sostenible y segura a precios competitivos se ha enfrentado con las crisis económicas recientes, traduciéndose en un exceso de subvenciones a través de las cuales muchos gobiernos expresan su apoyo al sector, con efectos adversos en los inversores.

Ya está afectando seriamente al crecimiento europeo la reciente crisis del gas tras la guerra de Ucrania, con las consiguientes reducciones en el suministro pudiendo tener consecuencias considerablemente más graves. De ahí que proliferen una serie de declaraciones políticas sobre la necesidad de un nuevo régimen de tránsito de energía multiplicándose los debates en la UE de cómo responder a la crisis energética derivada de la guerra (9) , poniendo como objetivo la virtualidad del ECT y el procedimiento de arreglo de controversias que incorpora (10) . Existe una corriente de opinión cada vez más generalizada que considera que este instrumento ha quedado obsoleto, que no ha sido superado por la denominada «Carta Internacional de la Energía» de 2015 y que ha añadido más confusión que soluciones eficaces a la ordenación de un régimen energético multilateral. Por último, la guerra en Ucrania ha obligado a la Unión Europea a replantearse su estrategia energética (11) , modificando las medidas adoptadas en los últimos años, caracterizadas por las acciones tendentes a disminuir el empleo de los combustibles más contaminantes desplazando el consumo hacia el gas natural y las energías renovables. Como pusiera de relieve M. Fernández Pérez, se ha abierto un escenario «en el que cabe esperar una mayor cooperación entre los socios de la Unión y una mayor reflexión sobre la importancia de mantener el equilibrio entre sostenibilidad, seguridad

del suministro y competitividad» (12) .

A los anteriores desafíos se une otro de no menos interés y actualidad: la presentación de varias decenas de demandas de arbitraje, que superan con creces el centenar, contra los Estados receptores de la inversión en virtud del ECT, dado lugar a una jurisprudencia de gran complejidad emanada de los tribunales de arbitraje de inversión primero en el marco de tratados bilaterales y, sobre todo, en aplicación del propio ECT. Tomando en consideración los resultados de los laudos arbitrales en el contexto de las inversiones en energías renovables, se ha puesto en cuestión la tradicional protección que ofrecían los tratados de inversión existentes y los tribunales arbitrales no mantienen una posición unánime acerca del equilibrio entre la necesidad de un marco de inversión estable y predecible y el derecho soberano de los Estados a regular (13) . Aunque una interpretación arbitral de las normas de inversión podría llevar a conclusiones favorables a los inversores, no se puede excluir un resultado diferente menos favorable. En este punto, se considera cada vez con mayor firmeza que el arbitraje de inversiones no proporciona a los inversores en energías renovables una seguridad normativa en la que basar su inversión y es preciso introducir reformas para lograr una mayor previsibilidad en el proceso arbitral, en particular en el marco del ECT (14) .

4. De conformidad con el Acuerdo de principio sobre la modernización del ECT de 24 de junio de 2022, el proyecto de nuevo texto se comunicó a las Partes Contratantes para su adopción por la Conferencia de la Carta de la Energía el 22 de noviembre de 2022, sin embargo en la fecha señalada, siete Estados miembros de la Unión Europea: Polonia, España, Países Bajos, Francia, Alemania, Eslovenia y Luxemburgo, anunciaron su intención de retirarse del TCE bloqueando con éxito la votación del Consejo de la UE a favor de la modernización, y ahora lideran las peticiones de denuncia de los Estados miembros de la UE y de la propia UE en bloque (15) .

Con independencia de cómo acabe el proceso de reforma, la colisión entre los tratados de protección de las inversiones y la protección frente al cambio climático continuará previsiblemente, ya que no está nada claro si los Estados miembros de la UE se mantendrán en un instrumento internacional que, incluso después de la reforma, no estará en consonancia con el Acuerdo Climático de París y el Pacto Verde Europeo. Por lo pronto el ECT incluye una cláusula de continuación que permite que el tratado siga aplicándose durante 20 años después de la salida.

II. GESTACIÓN DE LA POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEA

1. Antecedentes y entorno

5. La prosperidad y la seguridad de la UE dependen de un suministro energético estable y asequible y en gran medida de la importación de petróleo y gas, por esta razón, la energía ha estado siempre vinculada a las distintas fases de la construcción europea, aunque entre 1989 y 1991 el acercamiento hacia los países del Este confirió una importancia prioritaria a esta materia por la vulnerabilidad de la dependencia exterior. Desde esta época la UE ha tratado de establecer una política energética propia y distinta de la de los Estados miembros utilizando para ello diversos instrumentos jurídicos y medidas que ha tenido a su alcance (16) . Las reformas del Acta Única Europea y del Tratado de Maastricht tampoco atribuyeron a la Unión Europea una competencia propia en materia de energía

aunque la incluyeron como un elemento más al abordar el mercado interior. Pese a que la política energética no se consideraba como una de las políticas de la Comunidad en el Tratado originario ni en sus sucesivas modificaciones la actividad legislativa de la Unión en el sector de la energía ha sido muy abundante (17) . Hubo que esperar al Tratado de Lisboa para encontrar el tratamiento de los objetivos de la política energética de la Unión, de una parte, con el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior y, de otra parte, con la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente. Este último instrumento condicionó la política energética a la consecución de cuatro objetivos: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía, b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético de la Unión; c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables, y d) fomentar la interconexión de las redes energéticas (18) .

6. La necesidad de capital junto con la tendencia a la competencia mundial en sectores tradicionalmente cerrados, estimulan a los Estados a mostrarse más proclives a cooperar y a resolver las cuestiones más vitales para garantizar la entrada de futuras inversiones, pero ello requiere la búsqueda de nuevas áreas que puedan atraer al capital extranjero. Precisamente el sector energético constituye una fuente importante de nuevas oportunidades de inversión. Ahora bien, abrir el sector energético a los inversores extranjeros no es lo mismo que hacerlo respecto del mercado minorista (19) . Las consideraciones de seguridad nacional, bienestar social y soberanía nacional hacen que la disposición de un gobierno a ceder el control de sus industrias vitales sea más difícil que en otros sectores. Esto explica las dificultades para alcanzar un acuerdo global para la protección de las inversiones en este especial sector. Y ello sin olvidar que la arraigada preocupación por la soberanía de los Estados en el sector de la energía conduce a establecer excepciones específicas incluso en el estrecho marco de los tratados bilaterales de inversión (TIBs).

Consecuencia de la fragmentación de los mercados, las políticas nacionales resultaron insuficientes para garantizar la seguridad del suministro eléctrico y se acercaron peligrosamente a prácticas contrarias a la libre competencia desbordando el fenómeno del marco europeo para integrarse en la reglamentación internacional del sector (20) .

En los años noventa, Rusia y sus Estados vecinos eran ricos en energía, pero necesitaban inversiones para reconstruir sus economías. Mientras tanto, los Estados de Europa Occidental deseaban ampliar sus fuentes de suministro y fue precisamente en el ambiente marcado por la perestroika, el marco adecuado para el desarrollo de una normativa común en la cooperación energética (21) . Por eso las cuestiones geopolíticas dominaron la configuración de las redes eléctricas desde el final de la «guerra fría» siendo inequívoca la competencia entre la UE y Rusia. El objetivo inicial de esta cooperación consistió en facilitar los intercambios energéticos transfronterizos requeridos en el contexto euroasiático, especialmente entre las economías desarrolladas de Europa Occidental y Japón y las economías emergentes resultantes de la desintegración de la URSS. La resultante entre ambas posiciones divergentes se materializó con la redacción de la Carta de París el 21 de noviembre de 1990, firmada por representantes de los dos antiguos bloques ideológicos en 1990, suele considerarse el punto de partida de la «nueva Europa», con un firme compromiso con la democracia basada en los derechos humanos y las libertades fundamentales; prosperidad mediante la libertad

económica y la justicia social; e igual seguridad» para todos los países firmantes (22) .

7. En este contexto, un año más tarde, en diciembre de 1991, se firmó la Carta Europea de la Energía en La Haya, a propuesta de la Comisión Europea para establecer los principios básicos de gobierno en el ámbito energético internacional y orientar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio en energía. Constituyó una de las consecuencias del fin de la «guerra fría», que trajo consigo una nueva relación Este-Oeste incorporando la idea de cooperación, y puso en marcha un régimen regulatorio multilateral en materia de inversión, comercio y tránsito de energía. Aunque centrado en la energía la firma de un tratado por aquellas fechas no era un hecho aislado pues se asistía, por una parte, en el seno de los trabajos preparatorios de la Organización Mundial de Comercio que se estaba gestando, a una tendencia hacia multilateralización del Derecho de las inversiones como puso de manifiesto el intento de agregar a los textos de la Organización en denominado «Acuerdo Multilateral de Inversiones» (23) y, por otra parte, a la consideración por el Derecho internacional de la cuestión medioambiental con la consiguiente multiplicación de los convenios multilaterales, sobre todo tras la catástrofe nuclear de Chernóbil de 1986 (24) .

Las negociaciones del ECT tuvieron lugar en un momento en el que los 15 Nuevos Estados Independientes de la antigua Unión Soviética que participaban en las mismas tenían varias tareas pendientes: a) elaborar su marco constitucional; b) crear las disposiciones de los tratados y acuerdos para su comercio altamente integrado, que hasta entonces estaba sujeto a las normas del gobierno central; y, c) organizar e incorporar la infraestructura del Derecho contractual, las normas de propiedad y los principios contables como marco básico de la economía de mercado (25) .

Gran parte de las normas incorporadas en la mayoría de los TBIs se reflejan, en los aspectos de la protección de las inversiones fijados en el ECT y a pesar de que las similitudes prevalecen significativamente sobre las diferencias, hay ciertas características que distinguen ambos bloques normativos

En diciembre de 1994, se firmaron en Lisboa, un acuerdo básico denominado Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT) y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados (PEREEA) (26) . El primero de estos instrumentos constituyó el primer acuerdo económico que agrupó a todas las repúblicas de la antigua Unión Soviética, a las antiguas economías estatales de Europa Central y Oriental y a los países miembros de la OCDE (a excepción de Estados Unidos, Canadá, México y Nueva Zelanda) (27) . El ECT fue concebido como un marco multilateral para la cooperación energética y supone una novedad normativa en el ámbito del Derecho internacional. Su objetivo principal es promover la seguridad energética mediante el funcionamiento de mercados energéticos más abiertos y competitivos, respetando al mismo tiempo los principios del desarrollo sostenible y su soberanía sobre los recursos energéticos. Mientras que la

Carta era una simple declaración de carácter político y una expresión de la voluntad de reforzar las relaciones energéticas internacionales, el ECT es un tratado internacional multilateral que se ocupa de la cooperación intergubernamental en el sector de la energía, abarcando toda la cadena energética (desde la prospección de yacimientos hasta el uso final), así como todos y cada uno de los productos energéticos e instalaciones relacionadas. Asimismo, incorpora un amplio catálogo normativo relativo a la transmisión de energía, la eficiencia energética y la protección del medio ambiente. Por último, concentra un marco regulador para la resolución de controversias internacionales.

Como es lógico, gran parte de las normas incorporadas en la mayoría de los TBIs se reflejan, en los aspectos de la protección de las inversiones fijados en el ECT y a pesar de que las similitudes prevalecen significativamente sobre las diferencias, hay ciertas características que distinguen ambos bloques normativos, concretamente radican en los Estados miembros y el objeto del ECT, su ámbito de aplicación, determinados aspectos de las normas de protección de las inversiones, así como ciertas cuestiones relacionadas con la resolución de controversias.

8. El hecho de que la pretensión básica del ECT fuese fomentar el comercio en la antigua Unión Soviética y Europa del Este justifica que los textos resultantes se apoyasen en mayor medida en declaraciones y orientaciones programáticas que en la aplicación de medidas concretas de protección del medio ambiente (28) . Muchos problemas que han ido apareciendo con posterioridad derivan de que el ECT fue negociado por la UE muchos años antes de que ésta obtuviera la competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa en el marco de la Política Comercial Común (PCC) y muchos años antes de que la UE comenzara a desarrollar su propia política de protección de las inversiones internacionales. Y también fue negociado mucho antes de que los tratados que incorporaban cláusulas de arreglo de controversias en materia de inversiones dieran lugar a un gran debate público, en particular en Europa, especialmente a raíz del creciente número de medidas de interés público impugnadas por los inversores en el marco de este instrumento (29) .

El ECT entró en vigor el 16 de abril 1998 con la finalidad de promover la seguridad energética y salvaguardar a los inversores extranjeros en este sector frente a riesgos no comerciales, entre los que se incluyeron, tratamientos discriminatorios, injustos, arbitrarios, así como expropiaciones. El acuerdo incluye disposiciones de contenido diverso en el ámbito de la energía, en materia de Comercio (Parte II), Promoción y Protección de las Inversiones (Parte III), Solución de Controversias (Parte V), además de disposiciones de índole institucional y otras materias.

2. Objetivos del Tratado sobre la Carta de la Energía

9. Su principal objetivo fue instituir y mejorar el marco jurídico de «una comunidad energética paneuropea», siguiendo los postulados de la Carta Europea de la Energía garantizando la integración de los mercados energéticos de los Estados de Europa del Este y Asia Central, gobernados hasta poco antes por economías planificadas y dictaduras, en una economía de mercado global (30) . Tras el final de la «guerra fría» la Carta estaba motivada en parte por el deseo de facilitar el desarrollo de los recursos energéticos, promover la seguridad energética y fomentar la integración económica en los países de la antigua Unión Soviética. Esta es la circunstancia principal que condujo a un grupo de

Estados a reunirse para establecer un modelo de cooperación energética y el de estas discusiones fue la Carta Europea de la Energía, una declaración no vinculante mediante la cual los firmantes confirmaron sus objetivos mutuos de cooperar en el comercio, la eficiencia, la protección del medio ambiente y otros asuntos relacionados con la energía. Los signatarios acordaron además negociar de buena fe un acuerdo vinculante para implementar sus objetivos compartidos. De acuerdo con su art. 2: «El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principio expresados en la Carta». Por un lado, había una gran urgencia de ponerse al día en los países del antiguo bloque oriental en términos de tecnología, infraestructura energética, desarrollo económico y protección del medio ambiente (31) . Por otro lado, las economías occidentales colmaban sus necesidades hacia los recursos energéticos: gas de Rusia (32) , petróleo de Asia Central y uranio de Mongolia (33) .

Para cubrir este objetivo el Tratado estableció las siguientes líneas de actuación:

i) Crear una comunidad energética de países a ambos lados entre el Este y el Oste, basada en la complementariedad de los mercados occidentales, el capital, la tecnología y los recursos naturales de los Estados del Este, mediante una estrecha cooperación. El ECT no se diseñó para establecer políticas energéticas nacionales, ni como un instrumento de ayuda al desarrollo. Tampoco ordena la privatización ni el acceso de terceros, pues reafirma la soberanía nacional sobre los recursos energéticos y, en particular, el derecho de los gobiernos nacionales a determinar la zona de desarrollo, las medidas de explotación de los recursos energéticos y el uso de los yacimientos, la fiscalidad y la participación en la exploración y producción (34) .

ii) Estimular la inversión de Occidente en las economías de los países del antiguo bloque del Este, creando un marco de seguridad y promoviendo a su vez el comercio de energía (35) . Resulta inequívoca la estrecha vinculación entre las inversiones y la búsqueda de nuevos recursos energéticos; en particular, el camino de los países hacia la implantación de las energías renovables obliga al empleo de gran volumen de inversiones y por ello, en el contexto de un mercado mundial de la energía, la creación de un área global de inversión surgió como una necesidad para la consecución de un marco unitario en el sector de la energía.

iii) Reforzar la reglamentación legal en materia de energía, mediante la creación de unas reglas de juego equitativas que debían ser observadas por todos los gobiernos participantes. minimizando así los riesgos asociados a las inversiones y el comercio relacionados con la energía. Para ello se incluían normas sobre la liberalización del comercio y la inversión transfronterizos, basadas en los principios del trato de nación más favorecida (NMF) (36) y el trato nacional (TN), exigiéndose a las partes que establezcan objetivos políticos claros para mejorar la eficiencia energética y minimizar el efecto medioambiental negativo del ciclo energético. Como es sabido, la mayoría de los TBIs garantizan el trato de nación más favorecida para los inversores y sus inversiones, tanto antes de que se realice la inversión como en relación con las inversiones ya existentes, pero no acostumbran compromisos de los Estados receptores de la inversión que garanticen el trato nacional. Por el contrario, el ECT dispensa un trato a las inversiones existentes en el Estado receptor en cumplimiento de la cláusula de NMF y, simultáneamente, el trato nacional, si bien sus disposiciones reguladoras del período anterior a la realización de la inversión garantizan un

régimen más limitado. De acuerdo con su art. 10.2º ECT «Cada una de las Partes Contratantes procurará conceder a los inversores de otras Partes Contratantes el trato descrito en el ap. 3 en cuanto haga referencia a la realización de inversiones en su territorio, el trato nacional o el trato que sea conforme a la cláusula de la nación más favorecida, el que sea más favorable en cada caso». Como puede observarse esta disposición es una cláusula de «máximo esfuerzo», con un contenido mucho mayor que el compromiso estricto que acostumbra a encontrarse en la mayoría de los TBIs.

El ECT en orden al acceso de los inversores a los recursos es, ciertamente, explícito en la confirmación de la soberanía nacional sobre los recursos energéticos en el sentido de que cada Estado miembro tiene libertad para decidir cómo y en qué medida dispondrán de sus recursos energéticos y cuál será el volumen de la inversión extranjera en el sector. Pero, en contrapartida, incorporó el requisito de que las normas sobre la exploración, el desarrollo y la adquisición de los recursos están sometidos a un trato no discriminatorio y transparente. También en esta materia es esencial que los flujos de inversión cuenten con el respaldo de disposiciones que regulen su protección a través de unos estándares eficaces en favor de los inversionistas extranjeros y que eviten tratamientos discriminatorios o arbitrarios a partir de la puesta en práctica las cláusulas de Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida y Nivel Mínimo de Trato. Quiere ello decir que cuando la inversión extranjera se realice de conformidad con la normativa nacional el ECT proporciona automáticamente una correspondencia fiable y estable entre la inversión y el gobierno receptor de la misma, lo que es imprescindible en el sector considerado, pues en él los proyectos tienden a ser de larga duración y de gran volumen de capital. Por eso este instrumento protege a los inversionistas extranjeros contra riesgos no comerciales, tales como el trato discriminatorio, la expropiación directa o indirecta, o el incumplimiento de los contratos de inversión individuales (37) .

iv) Diversificar y garantizar la seguridad del suministro de petróleo y gas hacia los principales países productores de petróleo y gas de Rusia, el Mediterráneo y el Golfo Pérsico, tanto a nivel bilateral como regional y multilateral (38) . Dicho enfoque pudo mantenerse en buena medida tras ciertos embates posteriores como la crisis y la guerra del Golfo, el embargo del petróleo iraquí, la desintegración de la URSS, la crisis política argelina y sus repercusiones tras la construcción de los gaseoductos Argelia-Túnez-Italia y, Argelia-Marruecos-España, o la guerra civil de Afganistán. Todo ello puso de manifiesto la fragilidad del mercado del petróleo y del gas y de la energía en general. Una fragilidad inherente al comercio de energía, al menos en el caso de la electricidad y el gas, al depender por lo general de la red (la excepción en el caso del gas es el transporte de gas natural licuado —GNL— por barco) (39) . La dependencia de la red significa, en esencia, que la mera eliminación de las barreras a la importación no es suficiente, sino que hay que tomar medidas activas para abrir las redes (y el establecimiento de redes) a la energía importada (40) .

v) Asegurar las inversiones provenientes de los países de la UE, consumidores netos de energía y ricos en capital, en los países del Medio Oriente y del Asia Central, productores, normalmente más pobres y en vías de desarrollo (41) . Por eso el ECT dedica una parte sustancial de su articulado a la protección de las inversiones procedentes de los países miembros en el territorio

de otros países miembros y en los mecanismos para la resolución de las controversias que puedan surgir. Con ello las partes interesadas se preocupan tanto de asegurar la certidumbre y la estabilidad a largo plazo de su inversión como de los mecanismos de incentivos a la misma (42) . Sin dicha garantía los Estados no podrían contar con los cuantiosos capitales precisos para la inversión en este complejo sector.

vi) Solucionar las controversias a través del recurso al arbitraje internacional (43) , pues existía, serias dudas sobre la neutralidad, la competencia profesional y la eficacia de los tribunales nacionales de muchos Estados no miembros de la UE. El mecanismo de solución de controversias se describe en su art. 26 TEC (44) . Las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante se resolverán, en la medida de lo posible, amigablemente y si esto no es factible en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado. En este último supuesto al inversor le caben tres opciones: a) acudir al CIADI, siempre que la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte del Convenio de Washington de 1965 (o del denominado «mecanismo complementario»; b) solicitar el concurso de un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de UNCITRAL, o c) requerir un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Se consideraba, pues, que el arbitraje de inversiones resultaba un marco justo e independiente para resolver controversias entre los inversores y los Estados en el sector energético (45) . La ordenación prevista en el ECT es bastante depurada y supera en buena medida la redacción contenida en los TBIs en aspecto tales como: su la amplia aplicación territorial y temporal, la interpretación extensiva del término «inversiones» y la amplia posibilidad de elegir entre varios métodos de resolución de conflictos, tanto judiciales como extrajudiciales. En suma, el ECT no sólo ofrecía un alto grado de protección, que puede compararse con los TBIs de nueva generación, sino también un mayor grado de seguridad jurídica, pues tiene como objetivo proporcionar, sobre una base multilateral y específicamente en relación con el sector de la energía, el mismo tipo de protección de las inversiones que la ofrecida por dichos acuerdos bilaterales.

10. Desde el punto de vista institucional, el ECT estableció la Conferencia de la Carta de la Energía (CCE), una organización intergubernamental que incluye a todos los Estados y organizaciones regionales de integración económica que han firmado o se han adherido al Tratado (art. 34). La Conferencia tiene la responsabilidad política de la aplicación del proceso de la Carta de la Energía, el ECT y los instrumentos conexos. También decide sobre posibles modificaciones del del ECT y sobre la admisión de nuevos miembros. Todos los Estados que han firmado o se han adherido al ECT son miembros de la Conferencia, que se reúne periódicamente (normalmente dos veces al año) con tres objetivos principales: debatir las cuestiones políticas que afectan a la cooperación energética entre los signatarios; revisar la aplicación de las disposiciones del ECT y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre aspectos medioambientales relacionados (PEEREA); y considerar posibles nuevos instrumentos y proyectos en materia de energía (46) . El 21 de enero de 2010 entró en vigor la

Enmienda Comercial del ECT con el propósito de coordinar sus actuaciones con la Organización Mundial de Comercio. La 33ª reunión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía se celebró el 22 de noviembre de 2022 con motivo de la modernización del ECT (47) y está prevista otra *ad hoc* en abril de 2023, para finalizar el debate sobre la adopción de las modificaciones de este instrumento.

3. Respuesta a los nuevos retos energéticos: la Carta Internacional de la Energía de 2015

11. En 2015, más de sesenta y cinco países y organizaciones, incluida la UE y todos los Estados miembros de la Unión, adoptaron y firmaron una nueva Carta Internacional de la Energía. Se trata esencialmente de una declaración política, en respuesta a los profundos cambios que habían tenido lugar en los mercados energéticos internacionales, destinada a reforzar la cooperación energética entre los Estados firmantes, por lo que no conlleva obligaciones jurídicamente vinculantes ni compromisos financieros. Simplemente pretendía contribuir a aportar un cierto elemento de gobernanza al panorama energético mundial del que el ECT carecía. Pretendía también implicar al mayor número posible de países dispuestos a cooperar en el ámbito de la energía y que reconociesen la importancia de la seguridad energética para los países que participan en la producción, el tránsito y el consumo de la energía.

La nueva Carta se basa en la Carta de la Energía de 1991 modernizándola para responder a algunos de los retos energéticos más actuales del siglo XXI, en particular: a) el creciente peso de los países en desarrollo en la seguridad energética mundial; b) la dialéctica entre seguridad energética, desarrollo económico y protección del medio ambiente, c) la mejora del comercio energético para el desarrollo sostenible; d) la necesidad de promover el acceso a servicios energéticos modernos, la reducción de la pobreza energética, las tecnologías limpias y el desarrollo de capacidades; e) la necesidad de diversificar las fuentes y rutas energéticas; y el papel de la integración regional de los mercados energéticos.

Constituye la Carta un instrumento para proteger los intereses de mercado de los grandes consumidores de energía y representa, en el mejor de los casos, un progreso con respecto a la vinculación de los intereses de los productores, los Estados de tránsito y los Estados consumidores. Pese a que no incorpora obligaciones jurídicas ni compromisos financieros, al incluir las referidas intenciones políticas constituye una declaración tendente a reforzar la cooperación energética (48) y un importante paso en la instauración de los principios propios del Estado de Derecho en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes (49) .

4. La imposibilidad de diálogo energético entre Rusia y la Unión Europea

11. Rusia y la UE constituyen actores energéticos muy diferentes; más bien son polos opuestos en su capacidad para abordar la asimetría geoeconómica de importadores y exportadores, la desigualdad estructural entre el mercado y la autoridad gubernamental sobre los recursos energéticos y los desequilibrios geopolíticos derivados de las diferentes percepciones del papel de la energía en la política exterior y de seguridad (50) . Al margen del cauce establecido en el Acuerdo de Asociación y Cooperación entre la UE y Rusia, de 1º de diciembre de 1997, desde la firma del ECT se inició un diálogo energético entre la UE y Rusia que fue poco o poco desafiando la visión de Bruselas con la consiguiente sugerencia de adaptaciones. Desde entonces, se han endurecido las condiciones de

acceso a la preinversión tanto en la UE como en Rusia. De hecho, muchos Estados miembros de la UE exigen la aplicación del principio de reciprocidad para el acceso a las infraestructuras de red. Rusia ha adoptado una nueva legislación sobre inversiones, introduciendo la noción de control.

Con todo, la cuestión de mayor complejidad estaba relacionada con el tránsito de energía, ya que se adoptó justo después de la desintegración de la URSS. El art. 7.1º ECT estipula lo siguiente: «Las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos con arreglo al principio de libre tránsito y sin establecer distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de dichas materias y productos energéticos, ni discriminaciones en cuanto a precios basados en tales distinciones, y sin imponer demoras, restricciones o recargos injustificados». Los términos «facilitar el tránsito» se han considerado a menudo poco claros, especialmente en lo que se refiere a los robos y las tarifas de tránsito, que ya eran un problema en relación con el comercio de gas con la antigua Unión Soviética. Para aclarar las disposiciones del art. 7, la Conferencia de la Carta de la Energía propuso en 2000 un Protocolo de Tránsito cuyo propósito era complementar, completar, extender o ampliar las disposiciones del ECT en el ámbito del tránsito de energía garantizando el tránsito seguro e ininterrumpido de la energía, facilitar la construcción, el desarrollo, la rehabilitación y la explotación de las infraestructuras de tránsito, minimizar el impacto medioambiental del tránsito y promover la resolución de los conflictos de tránsito. El protocolo abarcaba la definición del acceso a los gasoductos, la rentabilidad de las tarifas de tránsito, la definición de la capacidad disponible y el robo de tránsito. Las negociaciones del Protocolo de Tránsito fueron el principal foco de las controversias entre la UE y Rusia en este sector. Según la postura rusa, el documento debería incluir el «derecho de tanteo» si un contrato de suministro a largo plazo (es decir, una transacción comercial pura) no coincide con el contrato de tránsito a largo plazo (es decir, sólo el acceso a los gasoductos), mientras que la UE lo consideraba inaceptable. Por el contrario, la UE deseaba que se acortaran tanto los contratos de tránsito como los de suministro para aumentar la competencia. En consecuencia, no fue posible llegar a un acuerdo y se pospuso la firma del Protocolo (51) .

La razón de la negativa de Rusia a firmar el mecanismo de solución de diferencias no parece residir tanto en su no ratificación del ECT como en su falta de voluntad política para aceptar un «Tratado patrocinado por la UE» y no un régimen energético multilateral

12. El retraso en las negociaciones del Protocolo de Tránsito se convirtió en un obstáculo político para todo el proceso de la Carta de la Energía. De hecho, en 2001 el Parlamento ruso vinculó la ratificación del Tratado a un acuerdo de Tránsito aceptable dentro del ECT (52) . Bien entendido que se trató de una estrategia, que no dejó de suscitar grandes suspicacias, pues aunque se opuso a la referida ratificación aplicó el Tratado provisionalmente de conformidad con su art. 45 (53) .

La razón de la negativa de Rusia a firmar el mecanismo de solución de diferencias no parece residir

tanto en su no ratificación del ECT como en su falta de voluntad política para aceptar un «Tratado patrocinado por la UE» y no un régimen energético multilateral. Y a ello hay que añadir que el ETC no pudo resolver el conflicto del gas entre Rusia y Ucrania en el famoso arbitraje *Yukos* (54) . Semejante actitud puede explicarse, en gran medida, por su consideración del ETC como un instrumento jurídico dirigido principalmente a garantizar la seguridad del suministro energético de Europa y precisamente la naturaleza especial del Derecho de la Unión vertida en el ECT representa un límite potencial a la protección que este instrumento podría proporcionar a los inversores rusos en el mercado energético de la UE (55) .

Una serie de características institucionales, históricas y contextuales que dieron forma a una confrontación continuada (56) , tras la crisis del gas de enero de 2009 motivaron a que funcionarios rusos de alto nivel sugirieran la revisión del ECT sin éxito. Para la UE, la ampliación del régimen, tanto desde el punto de vista geográfico como de los recursos energéticos cubiertos, tendría seguramente el efecto de debilitarlo. Pero el principal objetivo para Rusia era desmontar las iniciativas de la UE en materia de creación de normas en las relaciones energéticas transfronterizas (57) . De hecho, en este caso cada una de las partes rechazó de facto las disposiciones del Tratado en materia de tránsito, lo que plantea la cuestión de por qué han decidido hacerlo. Poco después, Rusia optó por retirarse totalmente de la aplicación provisional del Tratado, lo que plantea la cuestión adicional de lo que esto significa en términos de los efectos que dicha terminación podría tener en futuras disputas de tránsito, caso de suscitarse (58) .

III. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: OPCIÓN POR EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Inadecuación progresiva

13. El arbitraje de inversiones ha dado origen a un peculiar sistema de arreglo de controversias que ha alcanzado un empleo progresivo en todo el mundo en los últimos cincuenta años haciendo frente a las exigencias de unos procedimientos cada vez más complejos y a un constante estrecho escrutinio público con importantes vinculaciones políticas (59) . Ambos factores han hecho que el ámbito de la protección de las inversiones esté sujeto a continuos cambios. Ello es particularmente patente en el ECT que, desde un primer momento prestó atención a la promoción y protección de las inversiones en el sector energético, aunque desde una perspectiva multilateral, lo cual ejerció un gran impacto en el arbitraje de inversiones por lo que tenía de superación de los mecanismos insertos en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Siguiendo la tónica de los tratados de protección de inversiones el ECT inserta dos sistemas de arreglo de controversias. Uno, de Estado a Estado, para la interpretación o aplicación de casi todos los aspectos del Tratado (con excepción de la competencia y el medio ambiente), y otro, el arbitraje inversionista-Estado en controversias sobre inversiones, que es el que ahora nos interesa. En ambos existe un denominador común cual es la búsqueda de un acuerdo amistoso entre las partes en una controversia. Únicamente en el caso de que eso no fuera factible se instrumentan una serie de posibilidades adicionales para promover y alcanzar un acuerdo y de no alcanzarse se llega al inevitable contencioso pues acudir a un arbitraje internacional es el último recurso para cualquier

inversionista.

A lo largo de los años, desde que el tratado ha entrado en vigor, el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado cuenta con un largo historial de funcionamiento y ha dado lugar a una gran conflictividad arbitral y hasta la fecha la Secretaría de la ECT ha registrado unos cien contenciosos gran parte de ellos contra España, que tiene el dudoso honor de liderar el grupo de los demandados junto a Chequia, Turquía, Hungría, entre otros países alejados del entorno español, a excepción de Alemania e Italia. Indudablemente quienes tuvieron la responsabilidad de gobierno entre 2008 y 2011, no repararon por aquellos momentos en que, pese a la crisis, era esencial cumplimentar las obligaciones derivadas del Tratado en el sentido de asegurar un entorno estable para la inversión en línea con sus objetivos.

14. La existencia de un mecanismo de funcionamiento para la resolución de controversias, que debería ponerse en marcha como último recurso, ofrece el necesario estímulo persuasivo para que los Estados observen sus obligaciones en virtud del ECT. Bien entendido que, pese a su enorme repercusión, el número de asuntos sometidos a arbitraje es minúsculo en comparación con las cuantiosas decisiones de inversión que se adoptan diariamente en el sector de la energía.

A tal efecto, la Parte II del Tratado, titulada «Promoción y protección de inversiones», asegura una protección similar a la acordada por la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, incluyendo derechos tales como el trato justo y equitativo, la constante protección de la seguridad de las inversiones, la prohibición de medidas discriminatorias, el trato de nación más favorecida, y el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva ante cualquier nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación; se incluye, asimismo, la denominada «cláusula paraguas» (de acuerdo con el art. 10 «Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante»). Cabe retener que los inversores extranjeros suelen contratar a entidades a las que se les confía una función que antes cumplía el Estado receptor de la inversión. Esto es particularmente cierto en las industrias de servicios públicos e infraestructuras, como la producción y distribución de energía (hidroeléctrica, petróleo, gas y carbón. La cláusula paraguas es una característica habitual de los tratados de inversión y exige el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado receptor, por lo cual si un inversor cree que una empresa pública no está cumpliendo con sus obligaciones contractuales, puede presentar una reclamación contra el Estado receptor de la inversión en virtud del tratado de inversión bilateral o multilateral aplicable, invocando, entre otras cosas, el incumplimiento de la llamada «cláusula paraguas», para cuyo éxito, deben cumplirse dos condiciones previas: el incumplimiento del contrato debe ser imputable al Estado y el incumplimiento del contrato debe suponer una violación de la cláusula general (60) .

2. Contradicciones con el Derecho de la Unión

15. La eventual confrontación entre el Derecho de la UE y un sistema de protección de las inversiones basado en los tratados y sancionado en última instancia por el acceso al arbitraje internacional, tanto dentro de la UE como entre los Estados miembros y terceros Estados, cobró un nuevo impulso adicional desde la llegada del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Pese a

contemplar en parte áreas comunes el Derecho de la UE y el Derecho internacional de las inversiones, tienen fundamentos diferentes. El Derecho de la UE se basa en una lógica de integración, al tener como objetivo fundamental la consecución de un «espacio sin fronteras interiores en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales», mientras que el derecho de las inversiones se rige por una lógica de protección exigiendo a los Estados que garanticen «normas de trato a los inversores extranjeros». Durante los primeros años de funcionamiento del ECT no hubo especiales problemas de integración entre ambos ordenamientos, pues la estrategia de inversión de la UE se caracterizó en términos generales por el intento de un equilibrio adecuado entre la legitimidad de la política (aprobación pública) y la eficacia de la política (la protección de los inversores de la UE en el extranjero), con el resultado de que la eficacia de la política (la competencia compartida de la UE en materia de inversión) sigue siendo el eslabón más débil debido a la falta de autoridad centralizada a nivel de la UE. En consecuencia, la política inversora de la UE estuvo muy expuesta a la politización debido a la participación de los parlamentos nacionales y regionales en la ratificación de los tratados de inversión de la UE.

De especial interés resulta el debate en torno a las implicaciones que engendró el ECT, tras el Tratado de Lisboa, para la futura protección de las inversiones transfronterizas, dentro de la UE y entre los Estados miembros y terceros Estados (61) , cuestión que era extensiva a todos los tratados bilaterales de inversión, no sólo en el plano intracomunitario, sino también los tratados de inversión entre los Estados miembros y terceros países (unos mil tratados) (62) .

En todo caso cabe recordar que durante muchos años el arbitraje inversor-Estado ha sido el método más utilizado para la resolución de controversias sobre inversiones internacionales entre inversores y Estados receptores. Ahora bien, en un futuro próximo, es verosímil que los inversores extranjeros de los países pertenecientes UE tengan que presentar esas demandas contra la UE en lugar de contra el Estado miembro europeo donde se ha realizado físicamente la inversión. Esta evolución se debe a la clasificación que hace el Tratado de Lisboa de las IED como competencia exclusiva de la UE. Tras un largo proceso en el articulado de esta nueva competencia exclusiva de la UE en materia de IED, hay indicios inequívocos de que la UE desempeñará un papel primordial y directo en la resolución de futuras controversias internacionales en materia de inversión (63) .

16. Aunque el término «inversión intracomunitaria» se utiliza poco en el Derecho primario y derivado de la UE, la finalidad y el resultado de las libertades de circulación comporta el fomento y la protección de las inversiones realizadas en el territorio de otro Estado miembro que son, según una definición económica, inversiones internacionales (64) . En la normativa de la UE, la libertad de inversión se deriva en particular de dos normas de construcción del mercado interior contenidas en el TFUE), la libertad de establecimiento (art. 49) y la libre circulación de capitales (art. 63) (65) . En el ámbito de las IED, sin embargo, las cosas son muy diferentes: el mecanismo de solución de controversias que prevalece en gran medida es el arbitraje inversor-Estado, un concepto que, aunque no es completamente nuevo en el sistema jurídico de la UE, no se ha puesto a prueba en la práctica con la UE como participante autónomo. En otras palabras, mientras que la UE ha alcanzado el nivel de litigante reconocido en los tribunales y foros clásicos de Derecho internacional público, señaladamente ante la Organización Mundial del Comercio, la Unión no ha consolidado aún

experiencia con los mecanismos de resolución de conflictos internacionales en los que intervienen partes privadas. A día de hoy, la Conferencia de la Carta de la Energía (66) , en tanto que organización internacional con una personalidad jurídica distinta de la de sus Estados miembros, hace tiempo que considera que la UE y sus predecesores (en particular la Comunidad Europea) pueden asumir compromisos internacionales, incluido el sometimiento a mecanismos internacionales de solución de controversias, para los que existe una práctica establecida.

Procede por el momento descartar las complejas cuestiones derivadas de la aplicabilidad del ECT en los arbitrajes del CIADI de nacionales de la UE contra Estados miembros de la UE desde la perspectiva del Derecho internacional público (67) . Aunque la UE no es miembro del CIADI ha incorporado por referencia sus reglas 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 (68) . En su Dictamen 2/15 (acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, el TJ aclaró que la inversión extranjera directa es competencia exclusiva de la Unión a que se refiere el art. 3.1º.e) TFUE y que los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones no pueden establecerse sin el consentimiento de los Estados miembros (69) .

Sin desconocer las posibilidades de la referida regulación es preciso reconocer que pronto fueron utilizadas, decidiéndose un número creciente de inversores por acudir a la protección del ECT (70) y pronto los procedimientos incoados en este marco pusieron de manifiesto una serie de cuestiones jurídicas de compleja solución comunes al arbitraje entre inversores y Estados, pero también específicas del Tratado (71) . Dichas cuestiones se han multiplicado tras el aumento sin precedentes en la UE de controversias intracomunitarias en el sector de la energía, la mayoría de ellos planteados en el marco del ECT, muchas de ellas aún pendientes de resolución en el marco del arbitraje internacional.

El principal argumento esgrimido es la existencia de un conflicto entre el contenido normativo de estos acuerdos internacionales y el Derecho de la UE, esencialmente el TFUE, que debía ser resuelto en favor de este último (72) . Frente a esta posición se alude a la inexistencia de pruebas de una confrontación normativa entre el ECT y el TFUE (73) .

17. Tras la liberalización del mercado de la electricidad en Europa impulsada por la UE, los Estados miembros pusieron en marcha una serie de medidas para desarrollar las fuentes de energía fotovoltaica. Sin embargo, estas políticas no tardaron en resultar insostenibles, sobre todo en un momento en el que la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros de la UE quedó limitada para responder a las estrictas exigencias fiscales de la UE, lo cual provocó que muchos Estados miembros retiraran o redujeran sustancialmente el apoyo a las energías renovables.

Paradigmático fue el caso español (74) . Concretamente el RD 661/2007 introdujo diversos incentivos para los productores de energías renovables que incluían, entre otros aspectos, un régimen de «prioridad en el acceso» a la red y la posibilidad de que los productores optasen entre una tarifa fija por unidad de producción o una prima adicional por unidad de producción aplicable durante toda la vida útil de la instalación. El fundamento de esta iniciativa descansaba en que, tanto la energía solar térmica, como la fotovoltaica, podían llegar a convertirse en las fuentes de energía más preciadas

del futuro, pues, de un lado, su utilización no tiene efectos negativos y perjudiciales para el medio ambiente, y, de otro lado, sus costes de mantenimiento no son altos, una vez se hayan construido las instalaciones necesarias. Pero el aumento significativo del déficit tarifario durante la crisis financiera de 2008 (debido, en parte, por el aumento de los costes de los subsidios pagados a los productores de energías renovables), llevó al Gobierno a introducir cambios en el régimen tarifario. Así, el RD 1565/2010 y el RD-Ley 14/2010 modificaron el régimen retributivo aplicable a las instalaciones fotovoltaicas, introduciendo una limitación, antes inexistente. Entre 2012 y 2014, frente a los crecientes costes del régimen, España derogó formalmente el marco tarifario e introdujo un nuevo régimen que garantizaba una «rentabilidad razonable» basada en un modelo económico diferente para el cálculo de las tarifas. Como resultado, los ingresos de las plantas de los inversores cayeron por debajo de los costes, y sus empresas operadoras españolas se vieron obligadas a negociar la reprogramación de la deuda, dando lugar a innumerables demandas interpuestas tanto por inversores españoles como por inversores extranjeros, obligando a la búsqueda de un equilibrio entre las legítimas expectativas de los inversores en cuanto a la estabilidad del marco jurídico y el derecho de los Estados receptores de capital a adaptar su normativa energética a las nuevas necesidades (75) .

18. Por ejemplo, el laudo SCC de 21 de enero de 2016 en el caso *Charanne y Construcción contra España*, involucró a inversores que poseían instalaciones fotovoltaicas en España que argumentaron que los cambios en el marco regulatorio especial habían generado inestabilidad y falta de claridad, vulnerando sus expectativas legítimas y contraviniendo el art. 10.1º ECT. El laudo, que desestimó la demanda fallando a favor de España, resulta ilustrativo de los incómodos límites entre la UE y el ECT y de las tensiones existentes el mercado interior y la política energética en los ámbitos del tránsito, los contratos a largo plazo, las energías renovables y las relaciones exteriores (76)

En respuesta a estos cambios políticos, numerosos grupos de inversores en energía solar iniciaron varios procedimientos arbitrales contra Alemania, España, Italia y la República Checa en virtud del ECT. Debe tenerse en cuenta que en muchos otros Estados de la UE, así como en numerosos terceros países, la generación de electricidad a partir de energías renovables está respaldada por sistemas de subvención. Sin embargo, las leyes pueden cambiar en detrimento de los operadores de las plantas en cuestión. Algunos países, en particular España y la República Checa, han reducido las tarifas de alimentación (por ejemplo, España) o han aplicado impuestos adicionales sobre los ingresos (*v.gr.*, la República Checa), incluso para las plantas que ya estaban en funcionamiento. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si existen reclamaciones legales de indemnización. Se trata de una cuestión de Derecho nacional (constitucional) del Estado en el que se construye la planta, pero en el caso de las inversiones transfronterizas también de la protección de las inversiones según el Derecho internacional. En multitud de demandas se volvió a suscitar la controvertida cuestión de la compatibilidad entre el ECT y las obligaciones de la UE en casos intracomunitarios (77) . De hecho, el ECT fue el tratado de protección de inversiones en el que más se ha confiado en los arbitrajes de inversión.

19. Dentro de los más de medio centenar de demandas contra España, la primera decisión condenatoria fue el laudo CIADI de 4 mayo 2017 en el caso N.º ARB/13/36 *Eiser vs. España*, que falló a

favor de los inversores en tres plantas de energía solar concentrada que habían basado su reclamación en que por medio de una serie de regulaciones, desde 2012 a 2014, se violaron sus derechos bajo el ECT, devaluando significativamente sus inversiones y forzando a sus filiales españolas a entrar en una negociación para la restructuración de su deuda (78) . Debe dejarse constancia, sin embargo, que posteriormente, un Comité *ad hoc* anuló por unanimidad el laudo en su totalidad, entre otras cosas, porque el tribunal no estaba debidamente constituido (art. 52.1º Convención CIADI) (mayo 2017).

Este laudo inauguró una larga lista en la que figuran los asuntos *Isolux / España*, *Antin*, *Masdar Solar*, *NovEnergía*, *Foresight Luxembourg Solar*, *RREEF*, *Nextera* y *Cune Infraestructure/Demeter*)... (79) . Concretamente , en el caso CIADI N.º ARB/14/1 *Masdar Solar and Wind Cooperatief UA contra el Reino de España*, el tribunal concluyó considerando que las expectativas del inversor eran legítimas, en parte porque había cumplido con condiciones específicas que le permitían beneficiarse de la estabilidad ofrecida por la legislación española y había llevado a cabo una amplia diligencia debida a este respecto. En este caso, el tribunal tras examinar los diferentes tipos de compromisos que había asumido el gobierno, consideró que no se habían cumplido las expectativas del demandante y que se había incumplido el art. 10.1º ECT, lo que dio lugar a una indemnización de aproximadamente 65 millones de euros más intereses (80) . En cambio, en el caso SCC V (2015/150) *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., y otros contra el Reino de España* , un miembro disidente del tribunal se negó a aceptar que los demandantes hubieran llevado a cabo una diligencia debida adecuada, lo cual, según él, era un «requisito previo para la viabilidad de una reclamación de expectativas legítimas». Sin embargo, la mayoría adoptó un punto de vista diferente, fallando a favor de los inversores y concluyendo que tenían una expectativa legítima de que el marco legal y reglamentario del país no sería «fundamental y abruptamente alterado», privándoles así de una parte significativa de sus ingresos previstos (81) .

Un examen de las decisiones adoptadas al amparo del ECT muestra que sus disposiciones han sido interpretadas y aplicadas muchas veces de forma incoherente por los tribunales de arbitraje y/o por los tribunales estatales

En este contexto, el enfoque recomendado para limitar las reclamaciones relacionadas con la estabilidad, especialmente las basadas en las expectativas legítimas, es el de la información veraz suministrada por los gobiernos de los Estados receptores de la inversión. Éstos deben asegurase de que quede claro desde el principio qué cambios en la legislación y la normativa puede esperar un inversor extranjero para invertir en el país en determinados ámbitos (82) . Los límites, idealmente, deberían ser autoexplicativos, con todo y sus consecuencias, para evitar que se produzcan debates ante un tribunal de arbitraje si los cambios se hacen efectivos. Centrarse en la claridad normativa ayudaría a resolver la tensión entre el deseo de un gobierno de conservar sus prerrogativas reguladoras y la necesidad de atraer la inversión extranjera al país. Una legislación y una

reglamentación de mayor claridad evitarían que los inversores cayeran en el escollo de lo que a veces se denomina el «negocio de la obsolescencia» (prácticas que reducen intencionadamente el tiempo de vida útil de un bien): una vez que un país ha atraído y se ha beneficiado de una inversión deseada, cambia su normativa en detrimento del inversor. Si el marco normativo de un Estado establece claramente el alcance y los límites de las regulaciones aplicables a las inversiones extranjeras en un sector específico de la energía, esto evitaría que un inversor reclamara que el Estado ha frustrado sus legítimas expectativas al introducir cambios previsibles en este sector.

20. Un examen de las decisiones adoptadas al amparo del ECT muestra que sus disposiciones han sido interpretadas y aplicadas muchas veces de forma incoherente por los tribunales de arbitraje y/o por los tribunales estatales. Teniendo en cuenta las consecuencias financieras y de reputación del arbitraje de inversión tanto para el inversor como para el Estado, la falta de «seguridad jurídica» puede afectar negativamente a todas las partes implicadas (83) .

i) Como consecuencia del aumento considerable de demandas de inversión presentadas contra los Estados miembros de la UE, el ECT también ha estado al frente de una prolongada saga legal con respecto a la compatibilidad de los arbitrajes dentro de la UE bajo el tratado con el Derecho de la Unión. Una de las cuestiones más conflictivas en el interior de la UE deriva de la relación entre la legislación de la UE y el ECT convirtiéndose el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado previsto en este instrumento en un tema gran debate a la luz de un creciente número de movimientos de capital entre inversores de los Estados miembros de la UE contra otros Estados miembros.

ii) La consideración según la cual la UE podría ser considerada responsable es relevante en situaciones en las que el Estado miembro ya no es parte del ECT, como es el caso de Italia. Pero al margen de esta cuestión conviene adelantar el impacto de la sentencia *Achmea* en el art. 26 ECT, que regula la solución de controversias entre un inversor y una parte contratante en un litigio intra-comunitario o, si se quiere, si un litigio intracomunitario (es decir, contra la UE) puede seguir siendo presentado en virtud de este instrumento. Además, considera el caso hipotético de que un tribunal nacional se niegue a dar cumplimiento a un laudo pronunciado en este marco regulatorio (84)

3. Contenciosos de inversiones suscitados en el interior de la Unión

A) Aplicación de los TBIs y del ECT

21. De todas las difíciles interrelaciones que han surgido en los últimos años entre el Derecho de la UE y el Derecho del arbitraje internacional, ninguna rivaliza en relevancia de cómo la cuestión de si el primero de estos ordenamientos puede suministrar una defensa a la responsabilidad en virtud de los acuerdos internacionales de inversión.

La confianza que los Estados miembros de la UE demandados han depositado en el Derecho de la UE para presentar defensas jurisdiccionales y sustantivas en virtud de estos acuerdos ha provocado un desafío jurisdiccional referido a una categoría de controversias internacionales sobre inversiones comúnmente identificada como «intra-UE», esto es, entre un Estado miembro de la UE y un nacional de otro Estado miembro de la UE. Hasta la fecha una controversia intracomunitaria también puede

surgir en virtud de cualquier tratado de inversión (incluidos los TIBs) del que sean parte varios Estados miembros de la UE. De estos últimos, el ECT es el principal ejemplo. No es de extrañar que el Derecho UE ocupe un lugar destacado en las controversias que surgen en virtud de los TBIs intracomunitarios y del ECT ya que el Derecho de la UE desempeña un papel, junto con el Derecho internacional, como cuerpo de Derecho aplicable a dichas controversias. Los tribunales de los Estados inversores han sostenido que el Derecho de la UE forma parte del Derecho internacional y su aplicación, por esa sola razón, es pertinente (85) .

Aunque el arbitraje inversor-Estado está en gran medida desvinculado del ordenamiento jurídico de la UE, en los últimos tiempos ha sido habitual su invocación en los procedimientos de arbitraje inversor-Estado. En el contexto de los TBIs dentro de la UE, la Comisión ha expresado la opinión de que el arbitraje entre inversores y Estados da lugar a una serie de «riesgos de arbitraje» para el ordenamiento jurídico de la UE y, ello, no sólo puede incitar a los inversores a buscar un foro de conveniencia, sino que también puede dar lugar a que las cuestiones relativas al derecho de la UE no se resuelvan en los tribunales de los Estados miembros o de la Unión (86) ..

22. La relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional de las inversiones ha suscitado una atención creciente. Esto se debe a los procedimientos en curso ante el TJ relativos a la compatibilidad de los TBIs suscritos por los Estados miembros de la UE con el Derecho de la Unión, con ocasión de la puesta en marcha de varios procedimientos arbitrales de inversores contra Estados miembros de la UE basados en TBIs entre Estados miembros de la UE. Un alto porcentaje de las demandas en el marco del ECT fueron interpuestas por inversores de un Estado miembro de la UE contra el Gobierno de otro Estado miembro, mediante las que se reclamaron grandes sumas de dinero público que, seguramente, no se podrían exigir al amparo del sistema jurídico de la UE. Eso significa que casi la mitad de las controversias de inversión dentro de la UE se interpusieron con arreglo al ECT, pues las otras se basan en TBIs.

En términos generales, la defensa de los Estados apoyada por la Comisión Europea, que ha intervenido en algunos casos a título de *amicus curiae*, ha objetado la competencia de los tribunales arbitrales alegando su contrariedad al Derecho de la UE, cuya aplicación es preferente frente al ECT en las controversias entre Estados miembros y nacionales de otros Estados miembros (87) . Y se ha apoyado también en la consideración de que el art. 26 de este último instrumento contiene una «cláusula de desconexión» implícita respecto de las controversias intra-europeas, aunque los tribunales arbitrales han rechazado, sistemáticamente tales objeciones. Entre otras consideraciones se ha admitido que muchos de los TBIs intra-UE, y el propio ECT se celebraron en la década de los años noventa, antes de las ampliaciones de 2004, 2007 y 2013 y que desde la ampliación, ya no se precisan tales garantías «extraordinarias», puesto que todos los Estados miembros están sujetos a las mismas normas de la UE en el mercado único, incluidas las relativas a las inversiones transfronterizas (en particular, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales). Esta oposición de la Comisión frente al arbitraje intra-UE se ha canalizado, principalmente, a través de una línea argumental según la cual el Derecho de la Unión (de forma particular los arts. 19.1º TUE y 267 y 344 TFUE) se opone al arbitraje de inversiones intra-UE, porque este mecanismo socava los principios de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y el de confianza mutua (88) .

B) El asunto Achmea

23. En el marco descrito en el apartado anterior, la STJ 6 de marzo de 2018 en el asunto *Achmea* (C-284/16) (89) , supuso un auténtico revulsivo para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el art. 26 ECT en lo referente a las relaciones intra-UE. Antes de *Achmea*, se habían difundido muchos esfuerzos doctrinales en el intento de conciliar el arbitraje de inversiones y con el Derecho de la UE a nivel procesal. Varios autores trataron de argumentar que los Tribunales de Inversiones deberían ser considerados como «tribunales de un Estado miembro» en el sentido del art. 267 TFUE para permitirles formular cuestiones prejudiciales al TJ en relación con el impacto del Derecho de la UE en la interpretación del TBI (90) y esta fue también la línea de argumentación adoptada por el Abogado General Wathelet en sus Conclusiones (91) . Sin embargo, el TJ interpretó que el Derecho de la Unión se opone a una cláusula inserta en un tratado bilateral de inversión entre Estados miembros que prevea la posibilidad de que el inversor de un Estado miembro recurra al arbitraje frente a otro Estado miembro para resolver una disputa sobre inversiones. Entiende el Tribunal de Justicia que:

i) La justificación de la primacía del principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, según el art. 344 TUE, está justificada por las características inherentes al Derecho de la Unión (92) , de suerte que una disposición de arreglo de controversias como la incluida en el TBI entre Eslovaquia y los Países Bajos supone una amenaza para la naturaleza del Derecho de la UE y pone en cuestión el principio de confianza mutua (93) . Una controversia sobre inversiones exige aplicar e interpretar el Derecho de la UE en cuanto afecta a las libertades fundamentales, y solo el sistema jurisdiccional de la Unión, de conformidad con los tratados comunitarios, es competente para aplicar e interpretar tal Derecho. En consecuencia los tribunales arbitrales constituidos al amparo de los TBIs o del ECT son ajenos a dicho sistema de arreglo de controversias al no formar parte del sistema judicial de la UE, en virtud del art. 267 TFUE.

ii) El art. 26 ECT no prevé una cláusula arbitral entre inversor y Estado aplicable entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE en función de la primacía del Derecho de la Unión (94) respaldada por el art. 30.3º Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 (CVDT) (95) . De esta suerte, una interpretación contraria en una relación de carácter intra-UE, resulta incompatible con el Derecho primario de la UE y, por tanto, inaplicable (96) . Ello tiene una repercusión directa en el laudo pues el control de la aplicación del Derecho de la UE puede repercutir directamente las fases de anulación y/o ejecución (97) . Concretamente, el TJ examinó si el laudo de *Achmea* era efectivamente susceptible de ser revisado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que pudiera formular la cuestión prejudicial, garantizando así una interpretación, aplicación y plena eficacia uniformes del Derecho de la UE. Ante esta cuestión, concluyó que la revisión de un laudo por un tribunal de un Estado miembro puede estar limitada por el Derecho nacional, circunstancia que no puede garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE. A mayor abundamiento, el hecho de que la UE también sea parte en el ECT no afecta a esta conclusión: la participación de la UE en este Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE.

iii) El hecho de que la UE también sea parte en el ECT no afecta a la anterior conclusión, puesto que

la participación de la UE en este Tratado solo crea derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no afecta a las relaciones entre los Estados miembros de la UE. Por consiguiente, el arbitraje de los tratados de inversión intracomunitarios es incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo y los inversores no pueden invocar los TBIs intra-UE, por ser incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único. Bien entendido que sistema jurídico de la UE ofrece una protección adecuada y efectiva a los inversores transfronterizos en el mercado único, a la vez que garantiza que se tengan debida y legalmente en cuenta otros intereses legítimos.

La sentencia *Achmea* parece ser menos sorprendente de lo que las primeras reacciones procedentes del «colectivo arbitral» pudieran hacer creer. Además, la declaración (contradictoria) de los párrafos 54 y 55 sobre la distinción que debe hacerse entre el arbitraje de inversión y el comercial debe leerse como una señal de la Gran Sala de que las consecuencias de gran alcance de la sentencia con respecto al arbitraje de inversión no se aplican igualmente al arbitraje comercial (se mantienen explícitamente *Eco Swiss* y *Mostaza Claro* (98)) en el sentido de no permitir a los tribunales arbitrales plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, sino que los tribunales de los Estados miembros deben verificar si el laudo arbitral respeta suficientemente el derecho imperativo de la UE (y, si es necesario, plantear una cuestión prejudicial al TJ) (99) .

Esta decisión no sólo ilustra el desafío de la interacción de regímenes en el Derecho económico internacional, sino que también tiene una gran relevancia práctica. Las reacciones diversas y críticas de la práctica arbitral y de la doctrina jurídica sugieren que, en última instancia, corresponderá a los tribunales de dentro y fuera de la UE aclarar cómo se relacionan las conclusiones del TJCE en *Achmea* con el destino jurídico de los laudos arbitrales.

La línea jurisprudencial declara que los acuerdos de protección de inversiones (TBIs y/o ECT) que permiten la solución de controversias entre inversores de la UE y los Estados miembros de la UE, son incompatibles con la legislación de la UE

24. Las afirmaciones vertidas en *Achmea* están directamente relacionadas con la interpretación que la Comisión de la UE ha efectuado de este fallo, considerando, en esencia, la incompatibilidad de vía arbitral prevista en el art. 26 ECT con el Derecho primario de la UE. No obstante cabe sostener que el Derecho internacional y el propio Derecho de la UE permiten otra interpretación (100) . Se percibe esta última en los laudos de los tribunales arbitrales, tanto anteriores como posteriores a *Achmea* , que han solido rechazar sistemáticamente las objeciones jurisdiccionales de los Estados y de la Comisión, cuando esta última ha actuado en calidad de *amicus curiae*, en un intento de inaplicación del art. 26.2º.c) ETC en las controversias intra-UE. La línea jurisprudencial encabezada por estas decisiones declara que los acuerdos de protección de inversiones (TBIs y/o ECT) que permiten la solución de controversias entre inversores de la UE y los Estados miembros de la UE, son

incompatibles con la legislación de la UE (101) .

i) Esta línea sería aceptada en el arbitraje SCC *Green Power c. España* (2022), al denegar su competencia en una demanda intra-UE entablada por los inversores daneses, siendo esta la primera vez que un tribunal bajo el ECT admite una objeción competencial con respaldo en la naturaleza intra-UE de una demanda. Concretamente, el tribunal aplicando el art. 26 ECT para determinar la ley aplicable a la jurisdicción señaló que la elección de los demandantes de fijar Estocolmo como sede del arbitraje implicaba la aplicación de la ley sueca en tanto que *lex arbitrii*, que debería ser debe aplicarse en ausencia de un acuerdo de arbitraje. Consideró además el tribunal arbitral que dicha elección comprendía, en tanto que Suecia es un Estado miembro de la UE, la aplicación del Derecho de la Unión como parte del Derecho interno así como del régimen jurídico internacional de los Estados miembros de la UE. En consecuencia, el tribunal decidió que el derecho de la UE, como parte del sistema jurídico sueco, debía aplicarse para determinar su jurisdicción.

ii) Posteriormente en octubre de 2022, en el asunto *Portigon c. España*, en un caso intra-UE suscitado ante el CIADI al amparo del ECT, la mayoría del tribunal decidió confirmar su anterior desestimación a una decisión sobre la solicitud de España de reconsideración de la objeción dentro de la UE, a la luz de la jurisprudencia *Komstroy* (102) . En todo caso se ha considerado necesario que los Tribunales que han de aplicar el ECT realicen un esfuerzo consciente para ampliar la aplicabilidad de la disposición a casos más complejos (103) .

iii) Otro asunto relacionado con el ETC fue el de *Eskosol S.p.A. in liquidazione contra la República Italiana* (Caso CIADI n.º ARB/15/50), en el que el tribunal rechazó el 7 de mayo una excepción de competencia, argumentando que el caso *Achmea* no afectaba a las cuestiones revisadas en el marco del ETC, ya que dicho instrumento es un acuerdo internacional suscrito tanto por la UE como por sus Estados miembros. Por lo tanto, las obligaciones y los efectos establecidos en este acuerdo son de naturaleza diferente a los originados por los TBI dentro de la UE, y en consecuencia, los Estados miembros tienen la obligación de cumplir con el TCE, a menos que el TJUE indique explícitamente que dicho acuerdo viola la legislación de la UE.

iv) Por último, dentro de este examen sectorial que estamos realizando resulta de interés la referencia a otro asunto resuelto en ese mismo período: el caso *Belenergia S.A. c. República Italiana* (Caso CIADI n.º ARB/15/40), iniciado en 2015 favorable en orden a la jurisdicción del tribunal arbitral aunque este último inadmitió todas las reclamaciones del demandante en cuanto al fondo. En ese caso, Italia, con el apoyo de la Comisión actuando como *amicus curiae* dado el carácter intracomunitario de la cuestión, trató de cuestionar la competencia del foro arbitral, argumentando que el ECT ya no es aplicable para las relaciones intracomunitarias tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Los árbitros consideraron que el ECT y los tratados de la UE no abordan el mismo tema y, por lo tanto, según los arts. 59 y 30, el ECT no puede ser rescindido, ni se pueden aplicar las normas de los tratados sucesivos. Concluyeron que no hay contradicción entre dichos TBIs y los arts. 344 y 267 TFUE y 19.1º ECT. Según la opinión del tribunal arbitral, su autoridad se deriva del ECT y no del derecho de la UE. Por ello, se ha utilizado el sistema del CIADI como método de reconocimiento y ejecución de laudos independientes (104) . Se suma así el fallo *Belenergia* a otras decisiones y corrientes de opinión que ponen el

acento en que su competencia se desprende directamente del ECT y no del ordenamiento jurídico de la Unión (105) . Y en esta misma línea cabe aludir al laudo de 2 de diciembre de 2019 en el asunto *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros contra el Reino de España* (Caso CIADI n.º ARB/15/1), en el que se reconoció la competencia del tribunal arbitral, pero se rechazó la parte sustantiva de las pretensiones deducidas por la demandante.

Han pasado casi cinco años desde que el TJ dictase su sentencia en el caso *Achmea*. A partir de entonces, el tema del arbitraje de inversiones dentro de la UE ha sido debatido con frecuencia por académicos y profesionales, pero no abundan las decisiones procedentes de los Estados miembros de la UE que se hayan pronunciado sobre las consecuencias de esta importante decisión.

4. Desarrollos posteriores en el ámbito de la UE

25. El enfrentamiento entre el Derecho internacional y el Derecho de la UE en materia de inversiones intracomunitarias es, en esencia, un enfrentamiento entre dos ordenamientos jurídicos autónomos en un sistema fragmentado de Derecho internacional (106) . Las consecuencias de la sentencia *Achmea* para el ECT son muy problemáticas. El ECT se celebró como un acuerdo mixto entre la UE y los Estados miembros de la UE con terceros Estados (principalmente Estados pertenecientes a la antigua Unión Soviética y sus antiguos aliados). Su objetivo era garantizar un mercado libre y el libre acceso a la energía en Europa y Asia Central mediante la creación de una especie de Comunidad Europea de la Energía. Para ello estableció un capítulo sobre la protección de las inversiones en el sector de la energía que establece en gran medida las garantías típicas de los TBIs. Sin embargo, no contiene una cláusula de desconexión para las controversias intracomunitarias toda vez que la UE no introdujo una cláusula de este tipo de carácter explícito en el sentido de excluir la aplicación del ECT en las relaciones intracomunitarias) y pese a los esfuerzos de la Comisión por argumentar a favor de la existencia de una «cláusula de desconexión implícita», es difícil negar que el ECT cree un marco intracomunitario para la protección de las inversiones en los sectores energéticos.

La cláusula de resolución de conflictos se encuentra en el art. 26 ECT que ofrece a los inversores la posibilidad de presentar, a su elección, reclamaciones contra los Estados contratantes en el contexto del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, la CNUDMI o el arbitraje del CCE. Dicho precepto establece también que la ley aplicable es el ECT y «las normas y principios aplicables del derecho internacional». El escenario básico, por tanto, es en gran medida el mismo que el de los TBI intracomunitarios en el caso *Achmea*. Sin embargo, los recientes laudos arbitrales dictados en el marco del ECT han rechazado normalmente el argumento de la Comisión Europea de que los litigios intracomunitarios están excluidos de su régimen de solución de controversias.

26. Indudablemente el art. 30.4º.a) CVDT puede proporcionar una línea de argumentación en el marco del Derecho internacional público para integrar la sentencia *Achmea* en el marco del ECT. Según este precepto, una disposición de un tratado posterior prevalece entre las partes que ratificaron tanto el tratado anterior como el posterior. En el caso *Blusun contra Italia* (107) , la Comisión había argumentado a título de *amicus curiae* que los Tratados de la UE de Ámsterdam (1998), Niza (2003) y Lisboa (2009) habían derogado la cláusula de resolución de controversias del art. 26 anterior para los litigios intracomunitarios a través del art. 344 TFUE. Sin embargo, varios

tribunales arbitrales sostuvieron que esta disposición se aplicaba como máximo a los litigios interestatales. En *Achmea*, el TJCE puso fin a esta interpretación limitada del dicho precepto dándole una nueva lectura que podría implicar que esta disposición se considere como una *lex posterior imperativa* (art. 30.4º.a) CVDT. Frente a esta posición se alzó la mantenida por M. Cohen al considerar que si semejante aplicación se extendiera a otros ámbitos, se produciría en el marco de las relaciones internacionales un «inconmensurable» caos de tratados, por eso apuntaba a la conveniencia de que los tribunales arbitrales extiendan su jurisdicción allá donde no la tenga y donde no existan razones políticas ni morales para ello (108) . Dicha posición, como ha apuntado I. Irturetagoiena tuvo la virtud de abrir «el debate y poner de manifiesto la necesidad de que los tribunales arbitrales hagan un esfuerzo argumental añadido tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso» (109) .

Algunos tribunales arbitrales han argumentado que la UE aceptó la posibilidad de arbitraje entre los inversores y los Estados miembros de la UE porque firmó el ECT. Sin embargo, no sólo desde la perspectiva del Derecho internacional público, en virtud del art. 30 CVDT, sino también desde la perspectiva del Derecho de la UE, este argumento no es convincente. De acuerdo con la jurisprudencia del TJ, la Unión sigue estando obligada por el Derecho primario de la UE cuando ratifica un acuerdo internacional y los órganos de la Unión no están facultados para cambiar la supremacía del Derecho primario de la UE mediante la celebración de tratados internacionales. Esta es la razón por la cual el art. 218.11º TFUE prevé la posibilidad de que el TJ revise un tratado internacional antes de su ratificación. Sin embargo, los tribunales de arbitraje podrían remitirse al art. 27 CVDT, que prohíbe a los Estados invocar el derecho interno para eludir sus obligaciones de Derecho internacional.

27. A partir de *Achmea*, la Unión debe considerar la posibilidad de cambiar la amplia cláusula de resolución de conflictos del art. 26 ECT y una posible solución —política— implicaría la renegociación del propio ECT. Sin embargo, cabe preguntarse si las partes contratantes no pertenecientes a la UE estarán dispuestas a renegociar toda la rúbrica. Por eso una solución más realista podría ser la celebración de un acuerdo especial entre los Estados miembros de la UE y la Unión que contemple un marco de solución de controversias que remita a los inversores procedentes de los Estados miembros de la UE a los tribunales de los Estados miembros de la UE, o que contemple una vía arbitral cuya sede se encuentre únicamente en los Estados miembros de la UE. Esta solución tendría la ventaja de:

i) Preservar la observancia del Derecho de la UE en el marco establecido de *Nordsee* y *Eco Swiss* en las etapas de anulación y reconocimiento del arbitraje. Dicha solución tiene además la ventaja de ser compatible con la doctrina *Achmea*, donde la Gran Sala declaró claramente que la celebración de tratados internacionales por parte de la Unión (incluidas las cláusulas de resolución de conflictos) sigue siendo posible siempre que se preserve la autonomía y la plena observancia del derecho de la UE (ap. 57).

ii) Acomodarse al mecanismo de resolución de controversias previsto para los nombres de dominio.eu en el Reglamento (UE) 874/2004, cuyo art. 5.1º establece que las controversias relativas a los dominios.eu sólo pueden presentarse ante los tribunales de los Estados miembros

de la UE o ante tribunales arbitrales que tengan su sede en un Estado miembro de la UE.

iii) Poner en marcha el art. 30.4º.a) CVDT a partir del cual, los Estados miembros de la UE y la Unión (actuando como *amicus curiae*) podrían justificar los posibles cambios del art. 26 ECT después de *Achmea*. Sin embargo, esta eventualidad contradice lo dispuesto en el art. 42 ECT, que dispone que cualquier modificación del ECT requiere el consentimiento de las tres cuartas partes de las partes contratantes situación que no concurre con los Estados miembros de la UE.

IV. HACIA UNA REFORMA DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Manifestaciones sectoriales

29. Veamos a continuación, desde la perspectiva de la UE, algunos de los principales hitos registrados en los últimos tiempos condicionantes de la reforma global del mecanismo arbitral previsto tanto en los TBIs como en el ECT, poniendo el acento en este último instrumento:

i) *Comunicación de la Comisión del 19 de julio de 2018 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la protección de las inversiones intracomunitarias* (110) , en la que se declara la incompatibilidad de los TBIs intracomunitarios con el Derecho de la UE. Parte la comunicación de la pertinencia de la doctrina *Achmea* en cuanto que la cláusula relativa al arbitraje entre inversores y Estados del ECT no es aplicable entre Estados miembros, es decir, entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro. Además, aclara que el citado Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE. Al parecer el objetivo de este documento era consolidar el entorno empresarial para los inversores de la UE, entendiendo que el Derecho de la UE protege los derechos de los inversores, y precisamente por ello, los inversores pueden hacer valer estos derechos ante las administraciones y tribunales nacionales. La libre circulación de capitales, bienes, servicios y trabajadores en el mercado de la UE son libertades fundamentales que se relacionan con los principios generales de no discriminación, proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. La legislación de la UE también reconoce derechos fundamentales como la libertad de empresa, el derecho a la propiedad y el derecho a un recurso efectivo.

En este preciso marco, la Comisión se refirió al ECT indicando que no podrá utilizarse como base para la resolución de controversias entre los inversores de la UE y los Estados miembros de la UE, puesto que la legislación de la UE ya proporciona un marco jurídico general y eficaz para ese fin, que incluye recursos adecuados. Para la Comisión las autoridades públicas de la UE y de los Estados miembros tienen el deber y la responsabilidad de proteger las inversiones y regular los mercados. Por lo tanto, la UE y los Estados miembros pueden tomar medidas legítimas para proteger esos intereses. Sin embargo, sólo pueden hacerlo en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, y siempre en la observancia de la normativa de la UE (111) .

ii) *Declaración de nulidad de los tratados de inversión*. El 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la UE llegaron a un acuerdo sobre un tratado plurilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (TBI) dentro de la UE. El acuerdo fue una consecuencia de las declaraciones del 15 y 16 de enero de 2019 sobre las consecuencias legales de la sentencia del

Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de la inversión en la Unión Europea, donde los Estados miembros se comprometieron a rescindir sus TBI dentro de la UE. De conformidad con dichas declaraciones, la Comisión intensificó los debates con los Estados miembros con el objetivo de garantizar una protección completa, sólida y efectiva de las inversiones en la Unión Europea (112) . El grupo mayoritario de representantes de los Estados miembros de la UE firmó una declaración de nulidad de los TBIs (incluyendo también el ETC), por contravenir el Derecho de la UE (invocando también los arts. 30 y 59 CVDT), comprometiéndose a adoptar varias medidas, entre ellas la terminación de todos los TBIs antes de diciembre de 2019, la obligación de informar a los tribunales arbitrales de las consecuencias jurídicas del caso *Achmea* en los procedimientos arbitrales intracomunitarios, así como la anulación o no ejecución de los laudos arbitrales intracomunitarios. Esta declaración ha sido considerada como un «acuerdo interpretativo», en los términos del art. 31,1º CVDT, sobre el efecto acumulativo de dos instrumentos que se aplicarían a un mismo caso, es decir, los tratados de la UE y los TBIs intracomunitarios (113) .

iii) *Continuidad de la jurisprudencia* Achmea. Confirmado sus consideraciones en el asunto *Achmea* la STJ 2 septiembre 2021, asunto C-741/19: *Moldova v Komstroy*. En este caso, la empresa ucraniana Energoalians (subrogada por Komstroy) inició un procedimiento de arbitraje *ad hoc* según lo previsto en el art. 26.4º.b) ECT contra Moldavia. El arbitraje se llevó a cabo en París, de acuerdo con las normas de la CNUDMI, y dio lugar a un laudo que condenó a Moldavia. Tras solicitar la anulación del laudo ante la *cour d'appel* de París, que la concedió. Apelada esta decisión ante la *cour de cassation* ésta procedió a su revocación por considerar que dicho órgano jurisdiccional había interpretado el concepto de «inversión» añadiendo un requisito que el ECT no establecía, y reenvió de nuevo a las partes a dicha *cour d'appel* de París, con una composición diferente. Y esta última formuló la cuestión prejudicial al TJ. En la referida sentencia el TJ a pesar de que las partes en litigio no eran Estados miembros de la UE se declaró competente con respaldo en que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE contaba con competencia exclusiva en materia de inversiones (art. 207 TFUE). Habida cuenta que las partes habían elegido París como sede del arbitraje y que el laudo pronunciado por el tribunal arbitral estaba sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro de la UE este control debía asegurar el pleno respeto del Derecho de la Unión lo que era extensivo a la presentación de una cuestión prejudicial ante e TJ. Solventada esta cuestión, el Tribunal de Luxemburgo declaró que el ECT obliga a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales previstos en dicho instrumento en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que también fueran Partes Contratantes del mismo respecto de las inversiones realizadas en dichos Estados miembros. Por consiguiente, la preservación de la autonomía y la naturaleza del Derecho de la UE impide que el ECT imponga las mismas obligaciones dentro de los Estados miembros y, por tanto, reafirma el criterio de que su art. 26.2º.c) ETC debe considerarse inaplicable a los litigios entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por dicho inversor en el primer Estado miembro (114) . El TJ admite, de nuevo, que un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones de la UE, incluido el propio TJ, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión (115) . En definitiva, la Sentencia *Moldavia / Komstroy* ha venido a confirmar que la conclusión alcanzada en la decisión *Achmea* aplicable al arbitraje de

inversiones intra-UE del ETC declarando que su art. 26.2º.c) ECT, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro (116) .

iv) *Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020* (117) . Aunque excluye los procesos intra-UE basados en el art. 26 ECT (118) , veintitrés Estados miembros firmaron el acuerdo (119) y algunos como España procedieron a su aplicación provisional (120) . En esencia, el Acuerdo de Terminación regula dos cuestiones: a) cómo se van a terminar los TBIs existentes dentro de la UE, y cómo van a operar sus cláusulas de extinción, y b) qué respuesta debe darse a los nuevos procedimientos de arbitraje, a los que aún están, pendientes de solución y a los concluidos. La medida afecta a 190 tratados bilaterales de inversión (TBI). El Acuerdo cubre todos los procedimientos de arbitraje inversor-Estado, basados en TBIs intra-UE, bajo cualquier convención o conjunto de reglas de arbitraje, incluyendo el CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional, la CNUDMI y el arbitraje *ad hoc*. Como es lógico, este instrumento ha generado bastante controversia y ha sido objeto de críticas y elogios por parte de los especialistas en la materia.

v) *Dictamen de iniciativa adoptado en el Pleno de octubre del Comité Económico y Social de la UE (CESE) el 7 de noviembre de 2022 sobre un «Tribunal multilateral de arbitraje inversor-Estado: evaluación del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil».* Este instrumento pretende explorar la situación relativa a la reforma y modernización de este método de solución de controversias, en el que la Comisión Europea está jugando un papel central, actualmente en discusión en la CNUDMI (121) . Indudablemente, el cuestionamiento a través del arbitraje de las decisiones democráticas sobre protección ambiental, social o de la salud ha sido ampliamente criticado. Del mismo modo, a menudo se plantean cuestiones sobre la independencia y legitimidad de los árbitros, y la transparencia y el costo del procedimiento. El CESE reitera la necesidad de contar con un sistema internacional de protección de inversiones con resolución de litigios moderno, eficaz y en funcionamiento. Al mismo tiempo, lamenta que el derecho internacional no exija el agotamiento de los recursos internos. Concretamente el Comité sigue recordando a la Comisión su solicitud de participar más de cerca en su trabajo de la CNUDMI, alentando a la Comisión a continuar con el tema del agotamiento de los recursos internos antes de cualquier remisión internacional. El sistema actual discrimina a las PYME, dados sus limitados recursos financieros. ISDS debe ser reconocido como un remedio extraordinario.

30. Desde la perspectiva interna, dentro de un marco de denuncia de los TBIs *ad intra* tras la sentencia *Achmea*, resulta obligada la referencia a la posición de los Países Bajos en relación a la protección de la inversión en sus TBIs en función de la gran cantidad de acuerdos de este tipo que tienen suscritos y la frecuencia con la que son invocados por los inversionistas. La adopción del texto incorporado en el Borrador de TBI holandés (122) podría tener implicaciones importantes en los desarrollos futuros del arbitraje de inversiones. Dicho texto, elaborado por el árbitro holandés Albert Jan van den Berg, ofrece una visión de cómo la protección de la inversión podría ser reformada en

Europa. Su objetivo es «crear más equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados anfitriones y los inversores» y tener en cuenta varios factores: a) las opiniones procedentes desde las ONG y de la opinión pública según las cuales los estándares abiertos en los TBIs suscritos por los Países Bajos han sido interpretados por los árbitros, favoreciendo a los inversores en detrimento de los Estados de acogida; b) las opiniones de la UE con respecto a la protección de la inversión toda vez que la aprobación de un instrumento de este tipo depende de la autorización de la Comisión Europea; c) el contexto económico global que impone la necesidad de que los Países Bajos tengan también en cuenta sus intereses como Estado de acogida; y, por último, d) el reconocimiento de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, las Reglas de la CNUDMI sobre transparencia (123) y las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (124) .

Este instrumento incluye una sección 5 dedicada a la solución de controversias entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante comienza con un curioso artículo en el que se explica, por un lado, que las Partes perseguirán entre sí y con otros socios interesados la reforma multilateral del sistema de arreglo de controversias y, por otro lado, que las disposiciones pertinentes establecidas en la referida Sección dejarán de aplicarse a partir de la entrada en vigor entre las Partes Contratantes de un acuerdo internacional que prevea un tribunal multilateral de inversiones aplicable a las controversias en el marco del presente Acuerdo. Curiosamente, los Estados adoptarán disposiciones transitorias en caso necesario, «que tengan en cuenta teniendo en cuenta las legítimas expectativas de los inversores en las controversias en curso con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente sección» (art. 16.2º) (125)

31. Desde una perspectiva multilateral el modelo ha sido objeto de numerosos pareceres críticos que consideran la aplicabilidad de los mecanismos de protección de inversiones previstos en los tratados internacionales para resolver este tipo de controversias ya no es válida, lo cual es incluye la aplicación intracomunitaria del ECT, sin duda el acuerdo internacional más importante. Concretamente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional confió en noviembre de 2017 a su GT-III «un amplio mandato para trabajar en la posible reforma de la resolución de litigios entre inversores y Estados». Durante la primera fase de sus deliberaciones, el GT-III apuntó a una serie de cuestiones, entre las que figuraba los elevados costes de los procedimientos de resolución de litigios entre inversores y Estados financiados con fondos públicos, que eran difíciles de justificar para los Estados en desarrollo, que disponían de escasos recursos financieros; no seguía la regla del precedente vinculante, lo que ocasionaba falta de previsibilidad. Se indicó que los elevados costes de los procedimientos en algunos sistemas limitaban el acceso de las pequeñas y medianas empresas al mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados, privándolas así de la protección que les ofrecían los tratados de inversión; también se señaló que en algunos sistemas los costes excesivos también podían atribuirse a prácticas abusivas, a la existencia de procedimientos paralelos, a la falta de normas de procedimiento claras y a la ausencia de un mecanismo para desestimar demandas infundadas en una etapa temprana.

Los trabajos del Grupo de Trabajo-III de la CNUDMI se centran en las cuestiones de procedimiento: una posible reforma estructural, mediante la creación de un tribunal permanente, y un sistema de

apelación, nombramiento de jueces y ampliación de las posibilidades de apelación. Para abordar estas cuestiones, el GTIII está trabajando en una serie de áreas que incluye, entre otras cosas, los mecanismos multilaterales permanentes, el nombramiento y la ética de los árbitros, la prevención y mitigación de controversias; la gestión de costes y procedimientos conexos. Pero los temas centrales se extienden a la conveniencia de un mecanismo autónomo de apelación o revisión, de un Tribunal Multilateral de Inversión (TMI) y la creación de un Centro de Asesoramiento Multilateral. Debe dejarse constancia que desde hace algunos años la UE ha defendido enérgicamente la creación de un TMI como única forma de abordar eficazmente las preocupaciones identificadas. Este TMI estaría constituido por árbitros a tiempo completo con requisitos de cualificación comparables a otros tribunales internacionales, que serían nombrados mediante un procedimiento transparente por mandato no renovable. Dicho Tribunal sería financiado por los estados contratantes (126) .

Aunque por ahora el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se ha centrado únicamente en la solución de controversias (127) y no en las revisiones sustantivas de los TIBs, podría, si así lo solicitan los miembros de la CNUDMI, ocuparse también de esta cuestión. La ventaja sería un alcance más global a nivel de igualdad competitiva para los inversores. Alternativamente, dicho tratado podría utilizarse como un acuerdo posterior para la interpretación de los TBIs existentes. Debe dejarse constancia que Resolución del Parlamento Europeo de 24 de noviembre de 2022, a la que nos referiremos más adelante, declaró expresamente que: «La Unión apoya las negociaciones en curso en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y la creación del tribunal multilateral de inversiones»;

2. Entronque con la defensa frente al cambio climático

32. En el seno de la Corte Permanente de Arbitraje se constituyó el año 2000 un comité para redactar el Reglamento para la resolución de controversias relacionadas con el medio ambiente y/o los recursos naturales, presidido por el profesor Philippe Sands, que fue aprobado en una reunión extraordinaria celebrada el 19 de junio de 2001 (128) . Un año más tarde el Consejo Administrativo de la CPA adoptó por consenso otro conjunto de normas para la resolución de controversias medioambientales, a saber, el Reglamento Facultativo para la Conciliación de Controversias Relacionadas con los Recursos Naturales y/o el Medio Ambiente (129) .

Con carácter complementario podemos referirnos a una iniciativa emprendida en 2017 por *Center for International Legal Cooperation* que dio como resultado las denominadas *Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* de 2019 , que suministran un conjunto de criterios para el desarrollo del arbitraje internacional con impacto en los derechos humanos (130) .

33. La calamidad del cambio climático requiere acciones enérgicas y urgentes y ha de reconocerse que el Derecho de las inversiones y el Derecho del cambio climático no han ido siempre de la mano como evidencia la crisis de la reforma del ECT en curso. Las iniciativas adoptadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26) celebrada en Glasgow (31 de octubre a 13 de noviembre de 2021) exigen medidas intensivas de mitigación hacia la descarbonización del sector (131) . En una etapa donde el cambio climático es una prioridad absoluta y el problema medioambiental y de desarrollo más acuciante para el futuro de nuestro planeta una nueva versión del ECT podría estar llamada a desempeñar un papel importante en la transición de la energía

basada en los combustibles fósiles a la energía renovable y limpia.

En las demandas suscitadas al amparo de los tratados, bilaterales o multilaterales de protección de inversiones (señaladamente el ECT), la referencia al cambio climático aparece cada vez con mayor frecuencia

Ya en octubre de 2014, el Consejo Europeo había acordado el marco de actuación de la UE en materia de clima y energía hasta 2030 estableciendo para ello un ambicioso objetivo interno aplicable al conjunto de la economía de reducir en al menos el 40 % de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030. A partir de este precedente, el camino hacia la descarbonización la UE debió resolver un gran dilema entre la necesidad continua de sustituir la energía rusa por suministros alternativos para garantizar la seguridad energética y la urgencia de cambiar hacia fuentes de energía renovables. Dentro de las realizaciones concretas cabe referirse a la propiciada por la falta de fiabilidad del suministro energético ruso como se puso de manifiesto con las interrupciones del suministro de gas a Bulgaria y Polonia. La gravedad de la situación condujo al Consejo Europeo a eliminar gradualmente la dependencia de Europa de las importaciones de energía rusas lo antes posible. Con este propósito y se invitó a la Comisión a presentar con rapidez un plan REPowerEU detallado que mostrase como se podría precipitar la transición hacia una energía limpia y a la consecución de un sistema energético más resiliente y una verdadera Unión de la Energía. Entre las acciones propuestas figuraron: a) el ahorro energético; b) la diversificación de las importaciones energéticas; c) la denominada «inversión inteligente; y, e) el refuerzo de la preparación ante una grave interrupción del suministro.

34. En este devenir la UE tuvo muy en cuenta las realizaciones en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y en particular su iniciativa sobre el futuro de los acuerdos de inversión (132) , en el sentido de adaptarlos a los nuevos retos. Si el Derecho de las inversiones y la jurisprudencia basada en él se han ido adaptando parcialmente a más políticas medioambientales y a las preocupaciones de derechos humanos, se considera no deberían existir especiales problemas para acomodarse a los objetivos del cambio climático (133) .

Dentro de las realizaciones concretas efectuadas figura una Recomendación redactada a propuesta del Comité de Inversiones sobre las características de la inversión extranjera directa para un desarrollo sostenible, adoptada por los ministros de la OCDE el 10 de junio de 2022 y se complementa con un conjunto de herramientas políticas relativas a las características de las inversiones extranjeras directas y con los indicadores de 2022 relativos a las características de las inversiones extranjeras directas (134) . Tanto la consecución de los referidos objetivos, como el cumplimiento de los compromisos del Acuerdo de París en materia de cambio climático requieren una financiación considerable y para hacer realidad los beneficios potenciales de la inversión, las políticas y los acuerdos institucionales desempeñan un papel fundamental. A tal efecto, la Recomendación incorpora principios políticos clave de alto nivel orientados a la acción del *FDI*

Qualities Policy Toolkit (135) con el fin de desarrollar estos principios y establecer un marco para su aplicación en torno a los beneficios de las inversiones extranjeras directas.

35. En las demandas suscitadas al amparo de los tratados, bilaterales o multilaterales de protección de inversiones (señaladamente el ECT), la referencia al cambio climático aparece cada vez con mayor frecuencia (136) y puede afirmarse que el arbitraje inserto en los tratados de inversión se ha convertido en un instrumento esencial en la resolución de las controversias relacionadas con el cambio climático, pues hasta hace poco, los inversores extranjeros no habían impugnado las medidas relacionadas con el cambio climático ante los tribunales de arbitraje (137) ante determinados centros administradores como el CIADI, o la SCC han contribuido a esta expansión (138) . Se afirma que para responder adecuadamente a los desafíos actuales, el texto revisado de ECT debería; alinear el tratado con las tendencias más recientes en la elaboración de tratados de inversión —los ejemplos prácticos incluían los capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC) de la UE y el Modelo de TBI de los Países Bajos de 2019— y atender a los objetivos climáticos internacionales. Este último instrumento reserva la Sección 3ª a la regulación del «Desarrollo sostenible» (art. 6) (139) y a la «Responsabilidad social de las empresas» (art. 7)

V. HACIA LA MODERNIZACIÓN DEL ECT

1. Cambio de paradigma y temas prioritarios a resolver

36. Preciso es recordar que el ECT es un tratado multilateral de comercio e inversión que está en vigor desde 1998 y que proporciona un marco jurídico internacional vinculante para la cooperación en materia de energía (inicialmente entre 54 Partes Contratantes, entre las que se encuentran la Unión Europea («UE») y EURATOM a título personal). en la actualidad es el acuerdo de inversión más utilizado a nivel mundial, habiéndose iniciado hasta la fecha unos 150 procedimientos arbitrales en virtud del tratado. Desde hace muchos años el ECT se ha enfrentado a críticas variadas cuyas notas dominantes pueden resumirse, de un lado, en el carácter anticuado de sus disposiciones en materia de inversión y en su incompatibilidad (declarada por el TJ) con las disposiciones de la UE, y, de otro lado, en las amenazas que implica para la transición energética. El proceso de modernización es una necesidad debido, entre otras cosas a: a) la incoherente interpretación y aplicación de las disposiciones del ECT por parte de los tribunales, los juzgados nacionales y, recientemente, el Tratado sobre el cambio climático y los objetivos de la red cero; b) la carencia de una cláusula de desconexión que excluyera expresamente la aplicación del tratado en los litigios intracomunitarios (140) ; c) la aplicación retroactiva del art. 26 ECT es un riesgo latente y la jurisprudencia del TJ sugiere que una aplicación retroactiva es una posibilidad, como sucedió en la sentencia *Achmea*, por ejemplo. Además, una cuestión válida para los casos en curso o futuros es si los inversores tendrían expectativas legítimas, desde la perspectiva del Estado de Derecho, sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos. Si los casos se concluyen después de la entrada en vigor de las disposiciones modificadas del ECT, los tribunales nacionales de la UE podrían no reconocer estos laudos —incluso si son laudos del CIADI— posiblemente argumentando razones de orden público.

Después de *Achmea*, la Unión comenzó a considerar la posibilidad de cambiar la amplia cláusula de resolución de conflictos del art. 26 ECT. Una posible solución de carácter político podría ser una

renegociación del propio ECT, pero suscitaba una gran incertidumbre en el sentido de si los Estados Parte no pertenecientes a la UE estarán dispuestas a renegociar todo el marco; por eso desde un principio figuró una posición más realista, favorable a la elaboración de un acuerdo especial entre los Estados miembros de la UE y la propia Unión que contemplase un marco de solución de controversias que abarcase las reclamaciones de los inversores procedentes de los Estados miembros de la UE dirigidas a los tribunales de los Estados miembros de la UE, o que contemplase un arbitraje excluyente de instituciones administradora como CIADI y permisiva de aquellas cuya sede se encuentre únicamente en los Estados miembros de la UE (141) .

El proceso de modernización de la ECT estuvo impulsado por un cambio de paradigma. Por primera vez, se presentaban reclamaciones contra Estados europeos. Las críticas comenzaron a fluir en todas direcciones y a ganar en intensidad (142) . En una primera etapa se limitaban argumentar que este instrumento se había elaborado en un contexto donde las necesidades energéticas eran muy diferentes a las actuales y donde se limitaba la capacidad de los Estados para legislar sobre temas clave como la promoción de la transición energética y el desarrollo de políticas sociales para reducir la pobreza energética. Pero más tarde las reticencias se centraron en aspectos relacionados con el cambio climático como no distinguir entre inversiones de altas y bajas emisiones, o dejar las políticas de descarbonización a la voluntad de las Partes Contratantes (143) . Y, sobre todo, en los resultados de los más de 150 arbitrajes generados a su amparo, incluidos los presentados por inversores en combustibles fósiles, a los que se les concedió una indemnización de cientos de millones de dólares.

Bien entendido que se trata de un debate sobre el proceso de modernización del ECT, no implica una disputa intracomunitaria del ECT, sino una disputa que implica a un Estado no comunitario y a un inversor de un tercer país.

37. La Conferencia sobre la Carta de la Energía, celebrada en noviembre de 2017 en Ashgabat inició un proceso de modernización del ECT (144) que concluyó en junio de 2022 cuando los Estados miembros de la Conferencia llegaron a un acuerdo de principio sobre un texto revisado del ECT.

A fines de 2018, la Conferencia sobre la Carta de la Energía acordó una lista de temas prioritarios en relación con la denominada «modernización» del ECT que incluían la definición de inversión e inversor, el derecho a regular, la definición de expropiación indirecta, la cláusula paraguas, demandas frívolas y financiación por terceros (145) . Posteriormente, el 16 de julio de 2019, el Consejo de la UE dio un mandato de negociación a la Comisión para que pudiera encabezar una modernización del marco del ECT, que implicaba su revisión completa con el propósito de proporcionar seguridad jurídica y de alinearlo en el marco de los objetivos medioambientales y energéticos de cambio climático y de transición a la energía limpia contribuyendo a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París. Asimismo, se establecía la exigencia a los participantes en el mercado de terceros países que pretendiesen operar en el mercado interior: cumpliesen la legislación aplicable de la Unión y de los Estados miembros, incluida la relativa a la política medioambiental y de seguridad. La propuesta de texto de la UE (mayo de 2020) no trataba de cambiar radicalmente el marco del ECT y sus procedimientos de resolución de conflictos, sino que

pretendía una serie de mejoras (146) . Pero muchos Estados miembros no estuvieron de acuerdo con este proceder y comenzaron a anunciar su intención de abandonar el acuerdo.

Específicamente, la UE sugirió establecer una distinción entre las inversiones existentes y futuras en el sector de combustibles fósiles. Según la UE, las disposiciones de protección de las inversiones del ECT, incluyendo el acceso a los procedimientos de arreglo de carácter arbitral deberían continuar aplicándose a las inversiones e*xistentes* en combustibles fósiles por un período de 10 años luego de la entrada en vigor de la enmienda. Esto permitiría a los inversores en combustibles fósiles entablar demandas de arbitraje durante la totalidad de este período (147) .

De la complejidad de las negociaciones da cuenta un incidente relacionado con el art. 26 ECT. Como se ha indicado la Conferencia sobre la Carta había identificado un listado de cuestiones que deberían ser objeto de negociación y en el listado no se incluía la eventual modificación del mecanismo de solución de controversias contenido en el referido art. 26. Pero poco después apareció la STJ GS 2 septiembre 2021, as. C-71/19: *República de Moldavia* (148) que declaró que los arts. 1, punto 6, y 26, ap. 1, ECT debían interpretarse en el sentido de que «la adquisición, por una empresa de una Parte contratante de ese Tratado, de un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, no relacionado con una inversión, del que es titular una empresa de un tercer Estado ajeno a dicho Tratado frente a una empresa pública de otra Parte contratante del mismo Tratado no constituye "una inversión" en el sentido de esas disposiciones».

2. Acuerdo de principio sobre la modernización del ECT de 24 de junio de 2022

38. Tras dos años y quince rondas de negociación, el 24 de junio de 2022, la Conferencia sobre la Carta de la Energía, en su reunión *ad hoc* celebrada el 24 de junio de 2022, aprobó una Comunicación Pública en la que se explican los principales cambios contenidos en el acuerdo de principio sobre la modernización del ECT. La pretensión del Texto modernizado (149) era facilitar las inversiones sostenibles en el sector energético mediante la creación de un marco coherente y actualizado brindando para ello seguridad jurídica y garantizando un alto nivel de protección de la inversión al tiempo que refleja los objetivos de transición hacia la energía limpia y contribuye al logro de los objetivos del Acuerdo de París.

El acuerdo, cuyo texto detallado sigue siendo confidencial, contiene un paquete de enmiendas y cambios destinados a modernizar las disposiciones de inversión del tratado, pero puede adelantarse, con todas las reservas, que los principales resultados de las negociaciones (150) fueron los siguientes

i) *Definición de la «actividad económica en el sector de la energía»* (151) . Esta noción abarcaba originariamente todas las actividades económicas que conciernen la prospección, extracción, refinación, producción, almacenamiento, transporte terrestre, transmisión, distribución, comercio, comercialización o venta de materiales y de productos energéticos. También incluían servicios como la construcción de infraestructuras para la energía, la prospección, asesoría, dirección y proyectos, así como las actividades destinadas a aumentar la eficacia energética. En orden a la modernización en términos de actividades empresariales y fuentes de energía cubiertas, esta definición se amplió a la captura, utilización y almacenamiento de dioxido de carbono (CCUS) con el fin de descarbonizar los sistemas energéticos. A partir de aquí se

establecía el mecanismo de protección de las inversiones en las diferentes fuentes de energía en el marco del ECT. Esto implicaba: a) Una «lista actualizada de materiales y productos energéticos» en la que se introducen algunos materiales y productos energéticos que están cubiertos por las disposiciones de protección de las inversiones y b) Un «mecanismo de flexibilidad» que permite a las Partes Contratantes, sobre la base de una decisión de la Conferencia, excluir nuevas inversiones relacionadas con los combustibles fósiles de la protección de inversiones y eliminar gradualmente la protección de las inversiones ya existentes en sus territorios, teniendo en cuenta sus objetivos individuales de seguridad energética y clima (152) . Esta eliminación progresiva de la protección de las inversiones en combustibles fósiles tendría lugar en un plazo más corto que en el caso de una denuncia del ECT, tanto para las inversiones existentes como para las nuevas: las inversiones existentes en combustibles fósiles se eliminarán gradualmente después de 10 años según las normas modernizadas (en lugar de 20 años según las reglas actuales) y se excluirán nuevas inversiones en combustibles fósiles después de 9 meses. Se consideraba también el establecimiento de un «mecanismo de revisión» según el cual cinco años después de la entrada en vigor del ECT modernizado y, posteriormente, a intervalos de cinco años, o en una fecha anterior determinada por la Conferencia de la Carta, se revisará la lista de materias y productos energéticos cubiertos por el ECT, así como la aplicación del mecanismo de flexibilidad.

ii) *Protección de la inversión*. Se incluían nuevas definiciones de «Inversión» e «Inversor» para que solo los inversores con intereses económicos sustantivos, pero no las empresas ficticias, disfruten de la protección de la inversión (153) . Asimismo, se aclaraban los siguientes términos: «protección y seguridad más constantes», «transferencias relacionadas con las inversiones», «trato justo y equitativo, "expropiación indirecta", «denegación de beneficios, 'cláusula de NMF' y «Cláusula paraguas». En relación con este último término se entendía que desde el comienzo del nuevo milenio, las cláusulas paraguas se han enfrentado a un montón de críticas, en ocasiones muy criticadas por diferenciar el marco de los contratos del Derecho internacional público. El texto de muchos APPRIs y del ECT (art. 10.1º), se ha cuestionado en ocasiones ante tribunales arbitrales para determinar si estas cláusulas cubrían la totalidad de las obligaciones o compromisos específicos con los inversores. En respuesta a esta cuestión el texto del ECT modificado dispone al efecto que sólo se cubrirá el incumplimiento de compromisos específicos por escrito mediante el ejercicio de la autoridad gubernamental (154) .

iii) *Solución de controversias*. Se ofrecía una protección de inversiones que refleje los estándares reformados y modernizados desarrollados por la UE en sus recientes acuerdos bilaterales, preservando el derecho de los gobiernos a perseguir sus objetivos de política pública, incluida la mitigación y adaptación al cambio climático (155) . Asimismo, se modernizaba las normas pertinentes de solución de controversias, como, por ejemplo, garantizar una mayor transparencia de los procedimientos de solución de controversias y la protección contra reclamaciones de inversión frívolas. Con ello se intentaba preservar completamente la capacidad de la UE para desarrollar las políticas climáticas. Asimismo, se insistía en: a) la oportunidad de aplicar el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en el Arbitraje entre Inversores y Estados basado en el Tratado, de 1 de abril de 2014, a los procedimientos arbitrales en las controversias entre Inversores y Partes Contratantes, con otras adiciones previstas en el Tratado

(156) ; b) la supresión de las denominadas demandas frívolas (*frivolous claims*) por suponer un «coste excesivo» para los Estados demandados, socavar la legitimidad del procedimiento arbitral y dar lugar a una mayor desconfianza hacia este sistema de solución de controversias; c) la posibilidad de solicitar a un demandante que deposite una garantía para los costes en determinados casos, como los riesgos de no cumplir una decisión adversa sobre los costes; d) la obligación de revelar información sobre la financiación de los costes del litigio por parte de un tercero (157) ; y, e) la introducción de nuevos criterios para la valoración de los daños y perjuicios.

iv) *Tránsito*. Se tuvieron en cuenta algunos principios generales con respecto a la facilitación de un acceso transparente y no discriminatorio a las instalaciones de transporte de energía existentes y futuras y las circunstancias en las que se podría justificar debidamente denegar su acceso.

v) *Desarrollo sostenible y responsabilidad social de las empresas*. Se reconoció la urgente necesidad de combatir eficazmente el cambio climático reafirmándose los respectivos derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de los acuerdos multilaterales en materia de medio ambiente y trabajo, como la CMNUCC, el Acuerdo de París y los convenios fundamentales de la OIT, como relevantes para el sector energético.

vi) *Organización Regional de Integración Económica (ORIE)*. Se estableció que un inversor de una Parte Contratante que forma parte de una organización de integración económica regional (ORIE), como la UE, no puede presentar una reclamación de solución de controversias entre inversores y Estados contra otra Parte Contratante miembro de el mismo ORIE. Esto finalmente pondrá fin a las solicitudes dentro de la UE en virtud del ECT que son contrarias a la legislación de la UE y las sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la UE.

Por último se sugirieron la supresión de disposiciones y anexos que ya no eran aplicables debido al carácter transitorio del ECT y la actualización de algunas referencias.

3. Paralización de la reforma del ECT por falta de apoyo entre los Veintisiete

39. De conformidad con el Acuerdo de principio sobre la modernización del ECT de 24 de junio de 2022, el proyecto de texto referido en el apartado anterior, se comunicó a las Partes Contratantes antes del 22 de agosto de 2022 para su adopción por la Conferencia de la Carta de la Energía el 22 de noviembre de 2022, estando previsto que una vez modernizado el texto entraría en vigor 90 días después de la ratificación por tres cuartos de las Partes Contratantes. Sin embargo en la fecha señalada, siete Estados miembros de la Unión Europea: Polonia, España, Países Bajos, Francia, Alemania, Eslovenia y Luxemburgo, anunciaron su intención de retirarse del ECT bloqueando con éxito la votación del Consejo de la UE a favor de la modernización, y ahora lideran las peticiones de denuncia de los Estados miembros de la UE y de la propia UE en bloque.

Aunque la Comisión de la UE había indicado previamente que seguía apoyando las enmiendas para modernizar el Tratado, la votación del Consejo de la UE (que aprobaría el voto de la UE a favor de la modernización, ya que la UE es un signatario («Parte Contratante») por derecho propio) ya se retrasó dos veces y posteriormente no alcanzó la aprobación por mayoría cualificada requerida de los Estados miembros de la UE, habiendo sido bloqueada por los Estados miembros de la UE que se

retiran el 18 de noviembre de 2022. La actitud contraria a que no se vote a favor de la modernización sin duda tendrá la virtud de presionar a la Comisión de la UE para que organice una denuncia coordinada de la UE del ETC.

En definitiva, la Comisión de la UE pidió que se retirara del orden del día de la reunión de la Conferencia de la Carta de la Energía la votación sobre la propuesta de modernización, y su petición fue atendida. Queda por ver si el proceso de reforma se completará más adelante, pero parece dudoso.

40. La referida posición de la UE se materializó a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (158) , que obtuvo 303 votos a favor, 209 en contra y 63 abstenciones.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, aprovecha para mostrar su «preocupación por el hecho de que la cláusula de extinción de veinte años en caso de denuncia permanezca sin cambios en el texto modernizado»

Tras una larga exposición de motivos donde se hace referencia a gran parte de los tópicos contrarios al ECT entre los que destacan: a) que sus disposiciones en materia de protección de las inversiones no se han actualizado desde la década de 1990 y quedaron obsoletas en comparación con las nuevas normas establecidas por el planteamiento reformado de la Unión en materia de política de inversiones; b) que los TBIs en vigor que siguen protegiendo las inversiones en combustibles fósiles, incluido el antiguo modelo de resolución de litigios entre inversores y Estados, y contienen disposiciones y mecanismos obsoletos, incompatibles con los valores y principios del Derecho de la Unión; c) la intención de retirarse del mismo de Alemania, Francia, España, los Países Bajos, Polonia, Eslovenia y Luxemburgo, que juntos representan más del 70 % de la población de la Unión, la denuncia de Italia en 2016; que otros Estados y la situación de otros Estados miembros de considerar la posibilidad de retirarse; d) lo dispuesto en el Pacto Verde Europeo cuyo objetivo es responder a los retos del cambio climático y la degradación del medio ambiente; que todas las políticas de la Unión deben contribuir a este objetivo, incluida la política de inversiones; e) el informe de 2022 sobre la mitigación del cambio climático, publicado en abril de 2022, del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático; y f) la transición energética, que requiere una aceleración de la inversión mundial en energías limpias e incentivos para que las empresas energéticas europeas inviertan en energías renovables.

En el capítulo resolutivo se incluyen, varias de las razones que justifican el abandono del ECT entre las cuales nos interesa destacar ahora

- la mitigación del cambio climático y el fomento del desarrollo sostenible y el respaldo a la transición energética d conformidad del Acuerdo de París;

- los objetivos establecidos por el Parlamento en su Resolución, de 23 de junio de 2022, sobre el futuro de la política de la Unión en materia de inversión internacional, incluidos, en particular, la prohibición inmediata de que los inversores en combustibles fósiles puedan demandar a las partes contratantes por aplicar políticas de eliminación progresiva de los combustibles fósiles con arreglo a sus compromisos internacionales

- el apoyo las negociaciones en curso en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, en las que la Unión y sus Estados miembros persiguen la creación de un tribunal multilateral de inversiones, que se convertiría en su órgano jurisdiccional competente para resolver litigios internacionales en materia de inversiones; señala que, una vez establecido, el tribunal multilateral de inversiones conocerá directamente todos los acuerdos de inversión bilaterales y multilaterales en vigor de los países que lo suscriban, incluido el Tratado sobre la Carta de la Energía;

La resolución aprovecha para mostrar su «preocupación por el hecho de que la cláusula de extinción de veinte años en caso de denuncia permanezca sin cambios en el texto modernizado». Acoge con satisfacción, no obstante, que la protección finalice inmediatamente después de la denuncia para todas las nuevas inversiones; señala que, en el marco de un Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado, la mayoría de las nuevas inversiones en combustibles fósiles dejarían de estar protegidas a partir del 15 de agosto de 2023.

41. Pero esta valoración no suele tener en cuenta que, por supuesto, hay un número (creciente) de casos de arbitraje en virtud del ECT relativos a inversiones en energías renovables, además de las acciones por daños y perjuicios relacionadas con la producción de energía convencional. Inexorablemente, la denuncia del Tratado privará no sólo a las inversiones en energías convencionales, sino también a las de energías renovables, de la protección del Derecho internacional que ofrece este instrumento. Como puede observarse se trata de una solución sin retorno en el sentido de que la decisión de abandonar el Tratado de algunos Estados miembros ha provocado que el antiguo Tratado siga en vigor y que la modernización que hubiese creado una mejor protección para las inversiones en fuentes renovables y acelerado la transición energética se malogre.

Reconociendo la necesidad urgente de una reforma, como se detalló con anterioridad, la Comisión pretendía inicialmente alinear el tratado con el enfoque de la UE sobre el Derecho internacional de las inversiones y sus objetivos climáticos de la UE. A las denuncias reiteradas acerca de la insuficiencia de sus propuestas se añadió la falta de progreso en las conversaciones tendentes a la modernización del ETC. Y, en todo caso, se ha generalizado la sensación de la imposibilidad de alcanzar objetivos que sean operativos para continuar en este marco legal, máxime cuando cualquier modificación del texto del tratado requeriría la unanimidad de los 56 Estados contratantes y votantes en la reunión de la Conferencia de la Carta.

VI. DENUNCIA DEL TRATADO

1. El Tratado de la Carta de la Energía ha llegado a su fin

42. Íntimamente ligadas a las vicisitudes de la modernización del tratado, la incertidumbre del arbitraje inversor-Estado en el marco del ECT no deja de ser paradójica, pues como indicábamos al inicio del presente estudio, fue una creación de la antigua Comunidad Europea que, tras redactar la Carta Europea de la Energía, inició las negociaciones para su consecución. La CE incluso se refirió a sí misma como la «fuerza motriz» de las negociaciones del ECT. Sin embargo, la actual UE ha procedido a destruir la criatura que ayudó a crear (159) . Sin duda, la mayor deficiencia del ECT desde una perspectiva global ninguno de los principales proveedores de gas de la UE son parte de este Instrumento: Rusia y Noruega, no lo han ratificado y Argelia y los principales productores de energía de Oriente Medio son únicamente observadores en el proceso. De la lista de Estados miembros se desprende que los interesados en adoptarlo tienen el carácter de consumidor o de tránsito y no Estados genuinamente productores.

Son innumerables las críticas al modelo comenzando por el tópico de que, al igual que los TBIs, el ECT:

i) Crea derechos especiales para las empresas con actividad internacional que no son legítimos en los Estados constitucionales democráticos y les dota de valiosos mecanismos para imponer sus intereses individuales frente a la protección del clima, la salud y el medio ambiente.

ii) Protege los intereses de las empresas que producen y exportan combustibles fósiles, como petróleo, gas y carbón, en contravención de los compromisos globales y europeos en la lucha contra la crisis climática.

iii) Entra en contradicción con la normativa de la UE porque permite a las empresas de la UE demandar por daños y perjuicios por aplicar la legislación europea en otros Estados miembros.

iv) Es incompatible con la protección efectiva del clima. permite que multinacionales e inversores puedan demandar a una nación si consideran que se ha legislado en contra de sus intereses económicos. La protección de las inversiones concedida a los inversores en proyectos de combustibles fósiles tradicionales, que, según los críticos, supone una carga excesiva para los países que intentan pasar de los proyectos de combustibles fósiles tradicionales a las energías renovables; dicho en otros términos, el ECT Fruto de esa posibilidad de arbitraje entre inversores y Estados —el conocido como mecanismo ISDS—, España acumula 48 demandas y se enfrenta a multas por valor de más de 10.000 millones de euros. Ya ha perdido 18 de ellas, lo que implica que deberá compensar a varias multinacionales con 1.074 millones de euros.

v) Está bloqueando la transición energética, obstaculizando la protección efectiva del clima y costando a muchos de sus Estados miembros miles de millones de dinero de los contribuyentes y por tal razón no sólo es perjudicial para el clima y la economía, sino que también viola el derecho aplicable de la Unión.

43. La denuncia es posible y los llamamientos a favor de ella son cada vez más fuertes. Aunque la inmediatez de los cambios impide datos precisos, puede afirmarse que en la actualidad 45 Estados siguen obligados por el tratado, pues cinco de los 51 Estados signatarios (Rusia, Bielorrusia, Noruega, Islandia y Australia) nunca lo han ratificado. La Secretaría del ECT, por ejemplo, intenta que cada vez

más Estados se adhieran al tratado. Veinte Estados tienen el «estatus de observador» y están considerando la posibilidad de adherirse. Entre ellos se encuentran Arabia Saudí, los Emiratos Árabes Unidos y Venezuela, así como Estados Unidos y la República Popular China. Un tratado de protección de las inversiones con las superpotencias económicas y las dictaduras de los combustibles fósiles sería de facto un tratado mundial contra el cambio climático con un mecanismo de aplicación eficaz.

Las potencias fósiles presionan para entrar en la Carta de la Energía. La Secretaría de la Carta de la Energía en Bruselas sigue trabajando para añadir más Estados a la Carta.

En la última década se ha experimentado por gran parte de Estados de la UE, con respaldo en distintos argumentos, la necesidad de denunciar el ETC. Veamos algunas expresiones de la práctica.

Entre 2013 y 2014, el gobierno italiano introdujo una serie de cambios legislativos en la regulación de la industria fotovoltaica con el fin de reducir los costes relacionados con los incentivos a la energía verde. Estos cambios legislativos afectaron al marco en el que se basaban los inversores internacionales para realizar sus inversiones en la industria fotovoltaica italiana y generaron una gran incertidumbre sobre la regulación del sector. En consecuencia, varios inversores extranjeros recurrieron a un arbitraje internacional alegando la violación de las normas de protección de las inversiones extranjeras otorgadas en virtud del ECT que Italia había ratificado en diciembre de 1997 reclamando daños y perjuicios contra el Estado italiano (160) . Así las cosas Italia se retiró en 2016.

Tras el fracaso de la tercera ronda de reformas en la Conferencia de la Carta de la Energía, el 16 de diciembre de 2020, el Gobierno francés instó a la Comisión de la UE a preparar una denuncia conjunta de los Estados europeos del Tratado de la Carta de la Energía. El Gobierno de Francia ha expresado su voluntad de retirarse si no se realizan cambios rotundos y reformas significativas (161) . En agosto de 2022, el gobierno polaco presentó al Parlamento una ley para iniciar la denuncia del ECT. El ministro de Infraestructuras esloveno ha declarado recientemente que Eslovenia probablemente también se retiraría del ECT.

En noviembre de 2020, casi 300 parlamentarios de la UE y de diferentes partidos político remitieron una carta abierta a la Comisión Europea y a los Estados miembros de la UE en la que les pedían que «buscaran la forma de retirarse conjuntamente del Tratado». La carta abierta continúa: «El ECT supone una grave amenaza para el objetivo de neutralidad climática de Europa y, más ampliamente, para la aplicación del Acuerdo de París.»

A principios de octubre de 2022, el Ministerio de Energía y Transición Ecológica de España anunció la intención del país de retirarse del ECT. Este desarrollo se produce en el contexto de anuncios similares y pasos formales tomados recientemente por varios Estados miembros de la UE que planean retirarse del tratado. Las razones declaradas detrás de la denuncia de España parecen ser la incomodidad con los resultados del proceso de modernización del ECT y que este texto no está suficientemente alineado con el Acuerdo de París, que exige una reducción de la huella de carbono de los países y la implementación de cambios significativos para hacer que su infraestructura sea más sostenible. Sin embargo, otra razón persuasiva radica probablemente en las múltiples

demandas de arbitraje presentadas por inversores extranjeros contra España en los últimos años tras la derogación del régimen de incentivos a las energías renovables entre 2010 y 2014 (162) .

2. Cuestiones e incertidumbres en torno a la denuncia

44. Como señalase en profesor L.I. Sánchez Rodríguez, cuando se produce la denuncia de un tratado «nos hallamos inicialmente ante un microcosmos jurídico (...) un terreno sumamente resbaladizo cuando lo pisamos asidos a la mera técnica jurídica, con el riesgo de caer en un infructuoso formalismo jurídico que termina por ocultar una parte importante de la realidad de las cosas» (163) . Esta valoración encuentra un especial encaje si la proyectamos en el texto del ECT. Existe, como es bien sabido, un principio general que «los tratados deben ser cumplidos» (art. 26 CVDT) por lo cual está justificado que su denuncia se lleve a cabo tras el cumplimiento de una serie de requisitos entre los cuales figura la redacción de una comunicación por escrito que debe tener muy en cuenta el respeto para al resto de las partes en el tratado en sentido de estar justificada por una serie de causales entre las que figuran la existencia de un cambio sustancial de las circunstancias que alteren el sentido original del tratado (*rebus sic stantibus*), por imposibilidad física de seguir cumpliendo con el objeto del tratado, o por imposibilidad moral o carga excesiva que pudiese comprometer la existencia misma del Estado. La cuestión es si una concreta denuncia puede ir más allá de lo rigurosamente justo en beneficio de intereses que, a veces, pueden resultar espurios.

Y a ello hay que añadir dos cuestiones de carácter general. La primera, que la retirada pone fin a la participación de las partes que se retiran, pero sin poner fin al tratado en sí, siguiendo sus disposiciones en vigor entre el resto de las partes. Segunda, que la retirada puede producirse de forma unilateral o coordinada, podría ser el caso de una retirada de todos o de un buen número de los Estados miembros de la UE.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, de conformidad con el art. 56 del Convenio de Viena de 1969 para retirarse de un Tratado debe estarse, en primer lugar a las disposiciones de este último. En el caso del ECT el Estado contratante en cuestión podrá remitir al Depositario una notificación escrita en la que manifieste su «denuncia» (164) (art. 47.1º ECT), que surtirá efecto, por lo general, un año después de la recepción de la notificación por parte del depositario (art. 47.2º). Ahora bien, el art. 47.3º inserta una curiosa «cláusula extinción» calificada con cierto humor negro de «clausula zombi»), según la cual «Las disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado». Y la práctica seguida en el ámbito de la UE tras la retirada de Italia del ECT en 2016 muestra su operatividad (165) .

El contenido de la cláusula, aunque únicamente extiende la protección del Tratado a las inversiones realizadas antes de la retirada, sorprende por su excesiva duración que, por descontado no es habitual en otros TBIs donde la cláusula de supervivencia en el mejor de los casos no supera los diez años.

En otras palabras, las inversiones que estaban protegidas por el Tratado cuando la denuncia se hizo efectiva seguirán estándolo durante otros 20 años. Esto significa que la denuncia unilateral del Tratado por parte de un Estado contratante sólo puede tener un impacto directo en las inversiones realizadas después de la fecha en que la denuncia surtió efecto. La protección de dichas inversiones sólo puede solicitarse ante los tribunales del Estado anfitrión y de acuerdo con las respectivas leyes nacionales aplicables. Incluso podría haber más demandas si la inversión correspondiente se realizó antes de la denuncia. También significa que, los Estados que se retiran del ECT pueden encontrarse en la situación de seguir ampliando la protección de las inversiones a los combustibles fósiles, mientras que la niegan a las mismas tecnologías de transición energética que las enmiendas al ECT pretendían abarcar. Y son precisamente las inversiones existentes en combustibles fósiles las que más probablemente se verán afectadas por las restricciones en los próximos años. En consecuencia, las denuncias motivadas por el deseo de cumplir los objetivos del Acuerdo de París pueden ser bien intencionadas, pero no lograr los resultados deseados.

45. Con el objeto de evitar sus efectos, existe una tendencia favorable a la «neutralización de la cláusula de supervivencia» del ECT siguiendo la práctica seguida con anterioridad en relación con sus homólogas insertas en los TBIs. Bien entendido que en este caso la solución es más sencilla pues basta un acuerdo entre las dos partes para modificar el tratado recortando o extinguiendo en su totalidad la cláusula, seguido de su denuncia. Por el contrario, la neutralización de la cláusula de supervivencia en un tratado multilateral promovida por un grupo de Estados ofrece una mayor complejidad desde la perspectiva del Derecho internacional público, lo que implicaría, en todo caso poder negociar una modificación o el llamado «acuerdo *inter se*», esto es la variación de determinadas disposiciones del tratado sólo entre determinadas partes del mismo, mientras que en su relación con las demás partes siguen siendo aplicables las disposiciones originales del tratado.

Esta posibilidad no está regulada en el ECT, aunque tampoco la prohíbe, por lo que debe estarse a la solución general del art. 41 CVDT que presta atención a los «Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente» (166) . Se trata de una suerte de *contracting out* concebida para ajustar un tratado a ciertas circunstancias cambiantes o para garantizar normas particulares entre algunas de las partes y las modificaciones efectuadas con esta finalidad pueden afectar a la totalidad del tratado o sólo a algunas disposiciones (167) . Por lo general resulta ser un proceso extremadamente difícil y engorroso y, a veces, incluso imposible, pues para su eficacia este precepto y exige el cumplimiento de dos condiciones:

i) Que «no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones» (art. 41.1º.b.i). La discusión derivada de la proyección de esta exigencia al marco del ECT está abierta y se proyecta a la determinación del carácter de las obligaciones que incluye y a su proyección respecto de los derechos de los inversionistas. Sin pretender entrar ahora en la discusión puede adelantarse que en caso de considerar que las obligaciones insertas en el ECT son de carácter recíproco, una modificación *inter-se* orientada a la extinción de la cláusula de supervivencia no afectaría a los derechos de otras partes y podría llevarse a cabo. Pero alcanzar esta aparente simplicidad no parece tarea fácil.

ii) Que «no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto» (art. 41.1º.b.ii). Como puede observarse se intenta proteger a los derechos de los terceros intra-TCE lo cual, habida cuenta de que el ECT comporta esencialmente un haz de relaciones bilaterales, se proyectaría en las relaciones entre los Estados no participantes en el proceso de modificación y sus inversores.

Con todas las reservas que hemos expresado, la apuntada modificación sería una alternativa viable para la UE si todos los Estados miembros se retiran juntos, pueden poner fin a los futuros y actuales pleitos en el marco del ECT. Pero la complejidad aumentará si tal unanimidad no es factible, como apunta la práctica. Ciertos sectores han abogado por una denuncia coordinada para la que se celebre un acuerdo inter se entre los Estados que se retiran del ECT para eliminar la aplicabilidad de la cláusula de extinción entre los Estados que se retiran. Sin embargo, es muy incierto que tal modificación *inter* se sea compatible con el ECT, pues este instrumento incorpora una «red» de seguridad en el art. 16 (Relación con otros acuerdos.) para preservar el más alto nivel de protección de las inversiones y el acceso al arbitraje en caso de que las Partes Contratantes celebren un acuerdo relativo a las normas de protección de las inversiones o a la solución arbitral de controversias. Cualquier acuerdo inter se celebrado entre los Estados de la UE para eliminar la cláusula de extinción antes de la salida del ECT puede considerarse contrario a esta disposición y/o «incompatible con la ejecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto» (art. 41.1º.b.ii) CVDT.

46. Aunque está muy extendida la afirmación según la cual la retirada de ese instrumento es la única forma realista de que la UE solucione la incompatibilidad de un obsoleto instrumento con la propia legislación de la Unión, no es la única alternativa viable. Existen, en efecto, otras opciones en el marco del Derecho internacional para remediar esta incompatibilidad. Se reducen a la modificación general, la retirada del ECT, la modificación intersectorial y/o la realización de una declaración adicional al ECT. Dentro de estas opciones figuran la combinación de la retirada, la modificación entre partes, la eliminación de los efectos de la cláusula de extinción entre las partes que se retiran y una declaración interpretativa adjunta que evite la elusión de la modificación entre partes mediante la reubicación en una parte contratante del ECT que no se haya retirado y que no sea de la UE, parece, a este respecto, la forma más prometedora de que la UE y los Estados miembros eviten el conflicto de régimen con el ETC (168) .

Lo que también se pasa por alto en los debates sobre las posibles denuncias unilaterales de los Estados miembros europeos es que el ETC se concluyó en la década de los 90 precisamente en el contexto de las crecientes necesidades energéticas de Europa y de los recursos disponibles en los países postsoviéticos. El objetivo que se perseguía entonces, es decir, asegurar el suministro, es hoy más pertinente que nunca. Un ECT renovado podría ser —tras el fin de la guerra en Ucrania y si se reanudan las relaciones económicas con Rusia— un importante instrumento para proteger las inversiones en Europa del Este y Rusia y contribuir a restablecer la seguridad del suministro.

BIBLIOGRAFÍA

AALTO, P., «The new International Energy Charter: Instrumental or incremental progress in

governance?», *Energy Research & Social Science*, vol. 11, 2016, pp. 92-96.

AITKULOV, T., «Arbitrations in the Energy Sector: Shareholders of Yukos v. the Russian Federation, *Arbitration in CIS countries: current issues*, Amberes..., Maklu, 2012, pp. 179-194.

ÁLVAREZ SANZ, B., «The *Yukos* saga reloaded: further developments in the interplay between domestic legislations and provisionally applied treaties», *New York Univ. J. Int'l L. & Politics*, vol. 46, 2017, pp. 587— 605.

ÁLVAREZ, G.M., «Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension», *ICSID Review. Foreign Investment L.J.*, vol. 33, n.º 2, 2018, pp. 560-581.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, 2016, pp. 51-102.

ARIF, S., «The Future of Intra-EU Investment Arbitration: Intra-EU Investment Arbitration under the ECT post Achmea», *Eur. Investment L. & Arb. Rev.*, vol. 4, 2019, pp. 149-177.

BABADJI, R., «Le Traité sur la Charte européenne de l'Énergie (17 décembre 1994)», *Ann. français dr. int.*, vol. 42, 1996, pp. 872-893.

BARTLETT CASTELLÁ, E.R., «Intra EU Investor-State Arbitration.The Achmea Judgment: Another Interpretation is Possible», *International Trade Law & Regulation*, vol. 26, n.º 3, 2020.

BASEDOW, J., «The Transformation of the European Court of Justice and Arbitration Referrals», *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration* (F. Ferrari, ed), NY, Juris, 2017, pp. 125 ss.

BELYI, A., «The Energy Charter process in the face of uncertainties», *The Journal of World Energy Law & Business*, vol. 14, n.º 5, 2021, pp. 363-375.

BELYI, A.V., «La posición rusa con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (ARI)», *Real Instituto Elcano*, ARI, n.º 98/2009.

BERMANN, G.A., «European Union Law as a Jurisdictional and Substantive Defense in Investor-State Arbitration», *European Int'l Arb. Rev.*, vol. 5, n.º 2, 2016, pp. 51-68.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. SCHAUGG, L. y VAN DEN BERGHE, A., «Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option», *Investment Treaty News*, 24 junio 2021.

BIELECKI, J., «Environment-related restrictions to electricity trade», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 21, n.º 4, 2003, p. 413-427.

BLANC ALTEMIR, A., «Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, n.º 1, 2003, pp. 506-511.

BLANCH, J., MOODY, A. y LAWN, N., «Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty», *Investment protection and the Energy Charter Treaty*, Nueva York, JurisNet, 2008, pp. 1-15.

BONAFÉ, E., «Escalated interactions between EU energy law and the Energy Charter Treaty», *Journal of world energy law & business*, vol. 9, n .º 3, 2016, pp. 174-188.

BOUTE, A., «Combating Climate Change through Investment Arbitration», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 35, n.º 3, 2012, pp. 613-664.

BOUTE, A., «The Protection of Russian Investment in the EU Energy Market: a Case in Support of Russia's Ratification of the Energy Charter Treaty», *ICSID review: foreign investment L. J.*, vol. 29, n.º 3, 2014, pp. 525-547.

BROWN, C.M., «Transit Disputes, Supply Disputes and the ECT: towards an East-West Thaw?: Some Observations from an International Trade Law Perspective», *Energy dispute resolution: investment protection, transit and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY, Juris, 2011, pp. 285-295.

CAMERON, P., «The Energy Charter Treaty and East-West Transit», *Energy dispute resolution: investment protection, transit and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY: Juris, 2011. / P. 297-313.

CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, Congreso de Diputados, Colección Monografías, 2007.

COOP, G., «Energy Charter Treaty and the European Union: is Conflict Inevitable?», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 27, n.º 3, 2009, pp. 404-419.

CRESPO HERNÁNDEZ, A., *El acuerdo multilateral de inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, Eurolex, 2000.

DAMJANOVIC, I. y QUIRICO, O., «Intra-EU Investment Dispute Settlement in Light of Vattenfall and Achmea: A Matter of Priority», *Columbia J. Eur. L.*, vol. 26, n.º 1, 2019, pp. 102-156.

DASHWOOD, A., «Article 26 ECT and Intra-EU Disputes-the Case against an Expansive Reading of Achmea», *European L. Rev.*, 2021, n.º 4, pp. 415-434.

DE BRABANDERE, E., «The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform», *ICSID Review — Foreign Investment L.J.,* vol. 36, n.º 2, 2021, pp. 319-338.

DE LOS SANTOS LAGO, C., ARANA, S. y IGLESIAS GALLARDO, J.L., «Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía la vía del inversor extranjero», *Cuadernos de energía*, n.º. 30, 2011, pp. 5-10.

DORÉ, J., «Negotiating the Energy Charter Treaty», *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway*

for Investment and Trade (T. Wälde , ed.), Kluwer Law International, 1996, pp.137-55.

DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K., «Article 41. Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only», *Vienna Convention on the Law of Treaties*. (O. Dörr y K. Schmalenbach , eds.), Springer, Berlin, Heidelberg, 2012, pp. 719-727.

ECKES, C. y ANKERSMIT, L., *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, Amsterdam, University of Amsterdam. Centre for European Law and Gobernance, 2022.

ELDEM, T., «Russia's War on Ukraine and the Rise of the Middle Corridor as a Third Vector of Eurasian Connectivity Connecting Europe and Asia via Central Asia, the Caucasus, and Turkey», *Stiftung Wissenschaft und Politik. Comment*, n.º 64, octubre 2022 [<https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C64_MiddleCorridor.pdf>].

ELSHIHABI, S., «The Difficulty behind Securing Spector-Specific Investment Establishment Rights: The Case of the Energy Charter Treaty», *Int'l Layer*, vol. 35, n.º 1, 2001, pp.137 ss.

FACCIO, S., «The Italian energy reform as a source of international investment disputes», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 52, n.º 2, 2016, pp. 460-482.

FEIT, M., «Attribution and the Umbrella Clause — Is there a Way out of the Deadlock?», *Minnesota J. Int'l L.*, vol. 1, n.º 1, 2012, pp. 21-41.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «El arbitraje como foro de resolución de controversias en los contenciosos relacionados con el cambio climático», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 456-492.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al "desarrollo sostenible"», *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente* (B. Larraz Iribas y A. Fernández Pérez, eds.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87-123.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, n.º 2, 2014, pp. 369-397.

FERNÁNDEZ PÉREZ, M., «La Unión Europea ante la crisis energética», *La Ley: Unión Europea*, n.º 106, septiembre 2022.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento núm. 912/2014», *La Ley: Unión Europea*, n.º 18, 2014, pp. 5-27.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El mercado emergente sobre la financiación privada de litigios responsable en la Unión Europea: un cauce para facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos y las

empresas privadas», *La Ley: Unión Europea*, n.º 108, noviembre 2022.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales», *La Ley: Unión Europea*, n.º 28, 2015, p. 2 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y GALLEGOS ZÚÑIGA, J., «Chapter 4: "Developments of Investment Arbitration in the European Union: Achmea and Beyond", *International Arbitration in Times of Economic Nationalism* (B. Arp y R. Polanco, eds.), Kluwer Law International, 2022, pp. 79-96.

FERRARI, F. y ROSENFELD, F., «Yukos revisited —A case comment on the set-aside decision in Yukos Universal Limited (Isle of Man) et al. v. Russia», *IPRax*, vol. 36, n. º 5, 2016, pp. 478-484.

FEVEILE ADOLFSEN, J., KUIK, F., LIS, E.M. y SCHULER, T., «The impact of the war in Ukraine on euro area energy markets», *ECB Economic Bulletin*, n.º 4/2022 [<https://www.ecb.europa.eu/*pub*/economic-bulletin/focus/2022/html /ecb.ebbox202204_01~68ef3c3dc6.en.html>].

GAILLARD, E., «Investments and Investors covered by the Energy Charter Treaty», *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY, JurisNet, 2006, pp. 54-73.

GAUKRODGER, D. y GORDON, K., «Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community», *OECD Working Papers on International Investment,* OECD Publishing, 2012/03 [<https://www.oecd.org/investment/investment-policy /WP-2012_3.pdf>].

GAVRILOV, V:V. y SCHMELCHER, M.E., «Recent views on the bilateral relations between European Union-Russia on behalf gas transit in the frame of the energy charter treaty and its protocol on energy efficiency and related environmental aspects», *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspctivas de futuro* (R.M. Giles Carnero, coord .), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 335-345.

GIL NIEVAS, R., «Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU's Reasoning», *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 9, 2021.

GRIFFITH, R.,«The European Energy Charter and Treaty and the Environment», *Environmental regulation of oil and gas*, Londres..., Kluwer Law International, 1998, pp. 187-193.

GUAYO CASTIELLA, I. del, «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables. A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», *Cuadernos de energía*, n.º 47, 2016, pp. 50-56.

GUIBAL, J.C., «La Charte européenne de l'énergie: une initiative politique etjuridique à étapes pour faciliter les transactions énergétiques en Europe de l'Est», *Revue de l'énergie,* n.º 436, 1992, pp. 7 ss.

HADFIELD, A., «EU-Russia Energy Relations: Aggregation and Aggravation», *J. Contemporary Eur. Studies*, vol. 16, n.º 2, 2028, pp.231-248.

HAFNER, G., «The Provisional Application of the Energy Charter Treaty», *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Nueva York... Oxford University Press, 2009. pp. 593-607.

HAGHIGHI, S.S., *Energy security: the external legal relations of the European Union with major oil— and gas-supplying countries*, Oxford / Portland, Hart, 2007.

HESS, B., «The fate of investment dispute resolution after the *Achmea* decision of the European Court of Justice», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, año 12, vol. 19, n.º 3. 2018, pp. 114-137.

HESS, B., «The Private Public Divide in International Dispute Settlement», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*», vol. 388, 2018.

HOBÉR, K., «The EU — Russia Energy Dialogue: the Legal Dimension», *Uppsala Yearb. East European law*, vol. 2006— 2007, pp. 107-173.

HOBÉR, K., *The Energy Charter Treaty*, Oxford Commentaires in International Law, 2020.

HOBÉR, K. y NAPPERT, S., «Provisional Application and the Energy Charter Treaty: the Russian Doll Provision», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 10, n.º 3, 2007, pp. 53-57.

IGLESIAS GONZÁLEZ, A. y RUEDA GARCÍA, J.A., «La protección de las inversiones exteriores a y desde España: nuevos reveses en el ámbito intracomunitario», *Anuario de Arbitraje*, 2022, pp. 437-467.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «¿Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia?: comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto Adamakopoulos y otros c. Chipre», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 3, 2020.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «Belenergia c. Italia: el arbitraje de inversiones intra-UE en el escenario post-Achmea y la interpretación del trato justo y equitativo en el marco de los recortes en el sector de la producción eléctrica fotovoltaica en Italia», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 1, 2020.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «Dictamen 1/17 del TJUE: la homologación del nuevo modelo de solución de diferencias inversor-Estado (ISDS) impulsado por la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, n.º 70, 2019.

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 (STJ 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19)», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n.º 10, 2022.

IRURETAGOIENA AGUIRREZABALAGA, 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)», *Ley Unión Europea*, sección Doctrina, n.º 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. y ALONSO MOREDA, N., «Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto *Antin c. España* y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 9, 2021.

KESSEDJIAN, C., «The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises», *Journ. dr. int*., vol. 148, nº 1, 2021, pp. 71-88.

KISS, A.C., «Environmental Disputes and the Permanent Court of Arbitration», *HagueYearb. Int'l L.*, vol. 16, 2003, pp. 41-46.

KODEK, G., «Commercial Arbitration after Achmea: Business as Usual?», *Privatizing dispute resolution: trends and limits*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 187-208.

KONOPLYANIK, A.A., «Gas Transit in Eurasia: Transit Issues Between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 27, n.º 3, 2009, pp. 445-486.

KRÖNER, C.M.J., «The Work of the Permanent Court of Arbitration in the Field of Environmental Dispute Resolution», *International Conference on Global Environmental Governance*, Rome, Ministry of Foreign Affairs, 20-21 May 2010, pp. 277-282.

LACSON, A., «What happens now? the future of intra E.U. investor-state dispute settlement under the Energy Charter *Treaty», New York Univ. J. Int'l L.* & Pol., vol. 51, n.º. 4,2019, pp. 1327-1345.

LAFFONT, P. y SIMONET, L., «La Charte de l'énergie et le transit des matiéres premières : trop loin?: trop tôt?», *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, pp. 524-541.

LAVRANOS, N., «The changing ecosystem of Dutch BITs», *Arb. Int'l.*, vol. 36, n.º 3, 2021, pp. 41-457.

LAVRANOS, N., «The New Arbitration Rules under the 2018 Dutch Model BIT», *Tijdschrift voor arbitrage*, n.º 2, 2020, p. 56-63.

LAYARD, A., «The European Energy Charter Treaty: tipping the balance between energy and the environment», *European Environmental L. Rev.* , vol. 5, n.º 4, 1995, pp.150-156.

LINARES RODRÍGUEZ, E., «España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables», *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 803-821.

LINEHAN, J., «Investment, Trade and Transit: Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty», *News from ICSID*, vol. 15, n.º 2, 1998, pp. 513-526.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., «El Tratado de la Carta Europea de la Energía», *Tratado de regulación del sector eléctrico*, vol. 1, *Aspectos jurídicos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 213-240.

MACKEN, F., «Investor-State Arbitration—The European Union as Amicus Curiae?», *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015*, Leiden, Brill / Martinus Nijhoff, 2017, pp. 163-178.

MANIRUZZAMAN, A.F.M., «International Energy Charter as a Milestone for Global Energy Co-Operation in the 21st Century», *Amicus Curiae*, n.º 101, 2015, pp. 12 ss.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., «La Carta de París para una nueva Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 1, 1991, pp. 153-176.

MARLETTA, M., *Energia: integrazione europea e cooperazione internazionale*, Turín, Giappichelli, 2011.

MAZZINI, G., «The European Union and Investor-State Arbitration: a Work in Progress», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n.º 4, 2013, pp. 611-648.

MENÉTREY, S., «Droit international des investissements et droit de l'Union européenne», *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, París, Editions A. Pedone, 2015, pp. 613-638.

MESHEL, T., «Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment: Permanent Court of Arbitration (PCA)», *Max Planck Encyclopedias of International Law,* Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2015 [<https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/ medien/research/MPEiPro/Optional_Rules_for_Arbitration_law-mpeipro-e2810.pdf>].

MILES, K., «Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes», *Climate Law*, vol. I, n.º 1, 2010, pp. 63-92.

MILES, W.J. y LAWRY-WHITE, M., «Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of TBIs Stakeholders: The Role of ICSID», *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 34, n.º 1, 2019, pp. 1-31.

MONTANARO, F., «Les politiques en matière d'énergie photovoltaïque en Europe, au carrefour entre le droit de l'Union européenne et la traité sur la charte de l'énergie», *Rev. belge dr. int.*, vol. 49, n.º 1, 2016, pp. 405-424.

NEWCOMBE, A., «Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation (Case Comment): An Introduction to the Agora», *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 30, n.º 2, 2015, pp. 283-292.

NOUGAYRÈDE, D., «Yukos, Investment Round-Tripping, and the Evolving Public/Private Paradigms»,

Am. Rev. Int'l Arb., vol. 26, n.º 3, 2015, pp. 337-364.

PAASIVIRTA, E., «The European Union and the energy sector: the case of the Energy Charter Treaty», *International law aspects of the European Union* (M. Koskenniemi, ed.), Kluwer Law International, 1998, pp. 197-214.

PANETTA, F., «Greener and cheaper: could the transition away from fossil fuels generate a divine coincidence?», discurso ante la Asociación Bancaria Italiana de 16 de noviembre de 2022: [<https://www.ecb.europa.eu//press/key/date/2022/html/ecb.sp221116~c1d5160785.en.html>].

PÉREZ MARTÍN, M.A., «La geoeconomía de Asia Central y el "Gran Juego" de los recursos naturales: agua, petróleo, gas, uranio y corredores de transporte», *Real Instituto Elcano*, Documento de trabajo 59/2009, 23 noviembre 2009 [<https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/ 11/dt59-2009-perez-martin-geoeconomia-asia-central-recursos-naturales.pdf>].

PETIT, Y., «A la recherche de la politique européenne de l'énergie», *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 42, n.º 4, 2006, pp. 592-620.

PINSOLLE, P., «The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty», *Int'l Arb. L.* Rev., vol. 10, n.º 3, 2007, pp. 74-81.

RAO, G., «The Withdrawal of a European State from the ECT in Light of the Achmea Case», *European investment law and arbitration review*, vol. 3, 2018, pp. 154-182.

REINISCH, A., «Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations», *Legal Issuesof Economic Integration*, vol. 39, n.º 2, 2012, pp. 157-178.

REQUENA CASANOVA, M., «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*?», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, n.º 42, 2019, pp. 71-108.

RESTREPO, T., «Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change», *Goettingen J. Int'l L.*, vol. 8, n.º 1, 2017, pp. 101-137.

RUEDA GARCÍA, J.A., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reafirma su postura contra el arbitraje de inversiones intracomunitario: las sentencias Komstroy y PL Holdings tras la sentencia Achmea», *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 14, n.º 1, 2022, pp. 127-141.

RUSCHE, T.M., «How to Enforce the Achmea Judgment — Tools for EU Member States before, during and after Investment Arbitration Proceedings Brought by an Investor from Another EU Member State», *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 6, n.º 1, 2021, pp. 310-338.

SALA ATIENZA, P., «El nuevo marco comunitario del sector eléctrico», *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 264 ss.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., «Prólogo» a libro de E. Conde Pérez, *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, Congreso de Diputados, Colección Monografías, 2007, pp. 19-27.

SCHAEFFER, E., «Le traité sur la charte de l'énergie et l'acces des produits énergetiques des pays de l'Est aux marches de l'UE», *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday* , Brill Academic *Pub*.,1998, pp. 593-609.

SCHEU, J. y NIKOLOV, P., «The setting aside and enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea», *Arb. Int'l*, vol. 36, n.º 2, 2020, pp. 253-272.

SELIVANOVA, Y.S., «Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases», *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 33, n.º 2, 2018, pp. 433-455.

SHIRLOW, E., «Dawn or a new era?: the UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration», *ICSID review : foreign investment law journal*, vol. 31, n.º 3, 2016, pp. 622-654.

SIMON, F., «France puts EU withdrawal from Energy Charter Treaty on the table, 3 febrero 2021 [<https://www.euractiv.com/section/energy/news/france-puts-eu-withdrawal-from-energy-charter-treaty-on-the-table/>;].

SLATER, M.D., «The Energy Charter Treaty: Description, Scope, Arbitration Awards rendered», *Alternative dispute resolution in the energy sector*, Amberes..., Maklu, 2009, pp. 15-54.

SÖDERLUND, C., «The Future of the Energy Charter Treaty in the Context of the Lisbon Treaty», *Energy dispute resolution: investment protection, transit and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY, Juris, 2011, pp. 99-124.

SOKOLOWSKI, M.K., «European Law on the Energy Communities: a Long Way to a Direct Legal Framework», *European Energy and Environmental L. Rev*., vol. 27, n.º 2, 2018, pp. 60 —70.

SOLORIO SANDOVAL, I., *La política medioambiental comunitaria y la europeización de las políticas energéticas nacionales de los estados miembros. La política europea de renovables y su impacto en España y el Reino Unido*, Tesis doctoral, Universitat Autónoma de Barcelona, 2013 [<https://www.tdx.cat/handle/10803/117262#page=37>;].

STRIK, P., «From Washington with Love: Investor-State Arbitration and the Jurisdictional Monopoly of the Court of Justice of the European Union», *The Cambridge yearbook of European legal studies*, vol. 12, 2010, pp. 425-453.

SUCIU, D.C., «Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Achmea*», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 37, 2019.

SULLIVAN, J. y KIRSEY, V., «Environmental Policies: A Shield or a Sword in Investment Arbitration?», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, n.º 1, 2017, pp. 100-130.

TIETJE, C., «The applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States», *Halle (Saale): Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenberg*, 2008.

TURINOV, A., «Investment» and «Investor» in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, n.º 1, 2009, pp. 1-23.

URREA CORRES, M., «La política energética de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos de estrategia*, n.º 150, 2011 (Ejemplar dedicado a: Seguridad, modelo energético y cambio climático), pp. 115-143.

VAARANMAA, O.,«The Energy Charter Treaty, Frivolous Claims and the Looming Threat of Investor-state Dispute Settlement: Any Hope from the EU's Modernisation Proposal?», *Groningen J. Int'l L.*, vol 8, n.º 2, 2021, pp. 270-287.

VAN AAKEN, A. y BROUDE, T., «Ways of Reforming International Investment Agreements to Make them More Compatible with Climate Change Goals», *Investment Treaties and Climate ChangeOECD Public Consultation*, enero-marzo, 2022 pp. 1-8.

VANDEVELDE, K.J., «Arbitration provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty», *The Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade* (T. Wälde, ed.), Kluwer Law International , 1996, pp. 409-421.

VANDEVELDE, K.J., «The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty», *Am. J. Int'l L.*, vol. 92, n.º 4, 1998, pp. 621-641.

VERBEEK, B.—J. y ARCURI, A., «The New Dutch Model Investment Agreement: On the Road to Sustainability or Keeping up Appearances?», *Erasmus L. Rev.*, 2019, n.º 4.

VERBURG, C., «Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, nos. 2-3, 2019, pp.425-454.

VESPA, M., «An Alternative to an International Environmental Court? The PCA's Optional Arbitration Rules for Natural Resources and/or the Environment», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 295-331.

VILLAGRASA ROZAS, M.M., «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos

arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho UE», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Número *Extra* 19, 2018 (Ejemplar dedicado a: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental), pp. 415-449.

VILLIGER, M.E., «Article 41: Agreements To Modify Multilateral Treaties Between Certain Of The Parties Only», *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill/Nijhoff , 2009, pp. 528-538.

VLAANDEREN, P., «Energy Transit: The Multilateral Challenge», *International Association for Energy Economics Newsletter*, n.º 3, 1998, pp.16-21.

WAETERLOOS, C., «Une Charte européenne de l'énergie: pour quoi faire?», *Energie en Europe*, n.º 18, 1991, nº 18, pp. 101-107.

WÄLDE, T.W. y KONOPLYANIK, A., «Energy Charter Conference», *Handbook of transnational economic governance regimes*, Leiden..., Nijhoff, 2009, pp. 827-848.

WÄLDE, T.W. y GUNST, A.J., «International Energy Trade and Access to Energy Networks», *Journal of World Trade*, vol. 36, n.º 2, 2002, pp. 191-218.

WÄLDE, T.W., «International investment under the 1994 Energy Charter Treaty: legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries», *Journal of world trade*, vol. 29, n.º 5, 1995, pp. 5-72.

WOLFRUM, R., «Achmea — neglecting of international public law — some afterthoughts», *IPRax*, vol. 42, n.º 4, 2022, pp. 321-326.

YANNACA-SMALL, K., «Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements», *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03 [<https://www.oecd.org/investment/ internationalinvestmentagreements/WP-2006_3.pdf>].

ZANNONI, D., «The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty», *Leiden J. Int'l L.*, vol. 33, n.º 2, 2020, pp. 451-466.

(1) La conveniencia de un planteamiento político común en el ámbito de la energía constituyó el objetivo central en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1952 y el Tratado Euratom de 1957.

Ver Texto

(2) En el Reglamento (UE) 2019/943 relativo al mercado interior de la electricidad se revisan las normas y principios del mercado interior de la electricidad al objeto de garantizar su buen funcionamiento y

competitividad, además de brindarse apoyo a la descarbonización del sector energético de la Unión, eliminarse los obstáculos al comercio transfronterizo de energía y hacerse posible la transición de la Unión hacia una energía limpia, cumpliendo así los compromisos asumidos con el Acuerdo de París.

Ver Texto

(3) La UE tiene una alta dependencia de las importaciones de energía tanto de petróleo (84.3% de dependencia) como de gas natural (62,4%). Es la mayor importadora mundial de gas y se prevé que la tendencia siga aumentando debido a la transición energética hacia una economía baja en carbono. *Vid.*. European Commission , Directorate-General for Energy, *EU energy in figures: statistical pocketbook 2018*, Publications Office, 2018.

Ver Texto

(4) Desde el punto de vista institucional la regulación de este mercado cuenta con una institución, la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, que empezó a desarrollar sus funciones en 2011, y es responsable de promover la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales a escala regional y europea y de supervisar el desarrollo de la red y los mercados interiores de la electricidad y del gas, y tiene, asimismo, competencia para investigar casos de abusos del mercado y coordinar la aplicación de las penalizaciones oportunas con los Estados miembros.

Ver Texto

(5) M.K. Sokolowski, «European Law on the Energy Communities: a Long Way to a Direct Legal Framework», *European Energy and Environmental L. Rev*., vol. 27, n.º 2, 2018, pp. 60 —70.

Ver Texto

(6) M. Marletta, *Energia: integrazione europea e cooperazione internazionale*, Turín, Giappichelli, 2011.

Ver Texto

(7) *Vid.*., por todos, I. Solorio Sandoval, *La política medioambiental comunitaria y la europeización de las políticas energéticas nacionales de los estados miembros. La política europea de renovables y su impacto en España y el Reino Unido*, Tesis doctoral, Universitat Autónoma de Barcelona, 2013 [<https://www.tdx.cat/handle/10803/117262#page=37>;]

Ver Texto

(8) Con ha puesto de relieve F. Panetta, «La economía de la UE es altamente dependiente de los combustibles fósiles, que representan cerca de las tres cuartas partes de su consumo total de energía. La mayor parte de esta energía de combustibles fósiles se importa: mientras que la UE representa el 8 % de la demanda mundial de combustibles fósiles, representa solo el 0,5 % de la producción mundial de petróleo y el 1 % de la producción mundial de gas». *Cf*. el discurso ante la Asociación Bancaria Italiana de 16 de noviembre de 2022: «Greener and cheaper: could the transition away from fossil fuels generate a divine coincidence?», [<https://www.ecb.europa.eu//press/key/date/2022/html/ecb.sp221116~c1d5160785.en.html>].

Ver Texto

(9) Algunos países están reabriendo centrales de carbón contaminantes y retrasando el cierre de generadores de energía nuclear. Parlamento Europeo, «Russia's war on Ukraine fuels energy crisis», 14 septiembre 2022 [<https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733643/EPRS_BRI(2022)733643_EN.pdf >].

Ver Texto

(10) J. Feveile Adolfsen, F. Kuik, E.M. Lis y T. Schuler, «The impact of the war in Ukraine on euro area energy markets», *ECB Economic Bulletin*, n.º 4/2022 [<https://www.ecb.europa.eu/*pub*/economic-bulletin/focus/2022/html /ecb.ebbox202204_01~68ef3c3dc6.en.html>].

Ver Texto

(11) Consejo de la UE, «Conclusions on the future of energy systems in the Energy Union to ensure the energy transition and the achievement of energy and climate objectives towards 2030 and beyond» 25 junio 2019 [<https://www.*consilium*.europa.eu/media/40028/st10592-en19.pdf>].

Ver Texto

(12) M. Fernández Pérez, «La Unión Europea ante la crisis energética», *La Ley: Unión Europea*, n.º 106, septiembre 2022.

Ver Texto

(13) M.M. Villagrasa Rozas, «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho UE», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Número *Extra* 19, 2018 (Ejemplar dedicado a: Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental), pp. 415-449; M. Requena Casanova, «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*?», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, n.º 42, 2019, pp. 71-108.

Ver Texto

(14) Y.S. Selivanova, «Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases», *ICSID review: foreign investment law journal*, vol. 33, n.º 2, 2018, pp. 433-455.

Ver Texto

(15) *Vid.*. *Blog de José Carlos Fernández Rozas*, «La Unión Europea paraliza la reforma de la Carta de la Energía por falta de apoyo entre los Veintisiete», 21 noviembre 2022 [<https://fernandezrozas.com/2022/11/22/la-union-europea-paraliza-la-reforma-de-la-carta-de-la-energia-por-falta-de-apoyo-entre-los-veintisiete-21-noviembre-2022/>].

Ver Texto

(16) Y. Petit, «A la recherche de la politique européenne de l'énergie», *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 42, n.º 4, 2006, pp. 592-620

Ver Texto

(17) P. Sala Atienza, «El nuevo marco comunitario del sector eléctrico», *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Madrid, Civitas, 2002, p. 264.

Ver Texto

(18) M. Urrea Corres, «La política energética de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos de estrategia*, n.º 150, 2011 (Ejemplar dedicado a: Seguridad, modelo energético y cambio climático), pp. 115-143.

Ver Texto

(19) S. Elshihabi, «The Difficulty behind Securing Spector-Specific Investment Establishment Rights: The Case of the Energy Charter Treaty», *Int'l Layer*, vol. 35, n.º 1, 2001, pp.137 ss.

Ver Texto

(20) Donde el Primer Ministro de los Países Bajos sugirió que se instaurase la cooperación en el sector de la energía con los países de Europa Oriental y de la antigua Unión Soviética, a fin de estimular su recuperación económica y mejorar la seguridad del suministro de la Comunidad. Invitada por el Consejo a estudiar la mejor manera de establecer esta cooperación, la Comisión propuso, en 1991, la idea de una Carta Europea de la Energía propuesta por primera vez por el Primer Ministro neerlandés Lubbers en el Consejo Europeo de Dublín en junio de 1990. *Vid.*. C. Waeterloos, «Une Charte européenne de l'énergie: pour quoi faire?», *Energie en Europe*, n.º 18, 1991, nº 18, pp. 101-107; J.C. Guibal, «La Charte européenne de l'énergie: une initiative politique et juridique à étapes pour faciliter les transactions énergétiques en Europe de l'Est», *Revue de l'énergie*, nº 436, 1992, pp. 7 ss.

Ver Texto

(21) A.A. Konoplyanik, «Gas Transit in Eurasia: Transit Issues Between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 27 , n.º 3, 2009, pp. 445-486.

Ver Texto

(22) F.M. Mariño Menéndez, «La Carta de París para una nueva Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 1, 1991, pp. 153-176.

Ver Texto

(23) A. Crespo Hernández, *El acuerdo multilateral de inversiones: ¿crisis de un modelo de globalización?*, Madrid, Eurolex, 2000.

Ver Texto

(24) La creciente preocupación por la seguridad de algunas centrales nucleares y las emisiones de la generadas por ellas han dado lugar recientemente a normativas en algunos países que pretenden restringir o incluso prohibir el comercio de electricidad. Estas normativas suelen referirse a las normas de seguridad y medioambientales aceptadas internacionalmente como criterios de referencia. *Vid.*. J. Bielecki, «Environment-related restrictions to electricity trade», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 21, n.º 4, 2003, p. 413-427

Ver Texto

(25) T.W. Wälde, «International investment under the 1994 Energy Charter Treaty: legal, negotiating and policy implications for international investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries», *Journal of world trade*, vol. 29, n.º 5, 1995, pp. 5-72; J. Doré, «Negotiating the Energy Charter Treaty», *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (T. Wälde, ed.), Kluwer Law International, 1996, pp.137-55.

Ver Texto

(26) Final Act of the European Energy Charter Conference, done at Lisbon, December 17, 1994», *Intl. L. Materials: Current Documents*, vol. 34, n.º 2, 1995, pp. 360-381. *Vid.*. R . Babadji, «Le Traité sur la Charte européenne de l'Énergie (17 décembre 1994)», *Ann. français dr. int.* , vol. 42, 1996, pp. 872-893

Ver Texto

(27) Fue aprobado en nombre de las Comunidades Europeas mediante la Decisión 98/181/CE, CECA, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (DO 1998, L 69, p. 1).

Ver Texto

(28) Sin embargo, algunas cláusulas permiten la integración de aspectos medioambientales (art. 19) y prevén excepciones de interés público en el caso de medidas que sean «necesarias para proteger la vida o la salud de las personas, los animales o las plantas» (art. 24.2º) o la «seguridad» (art. 24.3º). Sin embargo, estas últimas excepciones no se aplican a todas las cláusulas. Ante la existencia de estas cláusulas, el interés público deberá ponderarse de manera diferente en la consideración de sus efectos sobre los derechos de los inversores en virtud del ECT (por parte de los tribunales de arbitraje) y del Derecho de la UE (por parte de los tribunales nacionales y de la UE. *Vid.*. I. Damjanovic y O. Quirico, «Intra-EU Investment Dispute Settlement in Light of Vattenfall and Achmea: A Matter of Priority», *Columbia J. Eur. L.*, vol. 26, n.º 1, 2019, pp. 102-156, esp. 134-143; A. Layard, «The European Energy Charter Treaty: tipping the balance between energy and the environment», *European Environmental L. Rev.*, vol. 5, n.º 4, 1995, pp.150-156.

Ver Texto

(29) C. Eckes y L. Ankersmit, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, Amsterdam,

University of Amsterdam. Centre for European Law and Gobernance, 2022, p. 6.

Ver Texto

(30) E. Schaeffer, «Le traité sur la charte de l'énergie et l'acces des produits énergetiques des pays de l'Est aux marches de l'UE», *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, Brill Academic *Pub*.,1998, pp. 593-609; E. Paasivirta, «The European Union and the energy sector : the case of the Energy Charter Treaty», *International law aspects of the European Union* (M. Koskenniemi, ed.), Kluwer Law International, 1998, pp. 197-214,.

Ver Texto

(31) R. Griffith, «The European Energy Charter and Treaty and the Environment», *Environmental regulation of oil and gas*, Londres..., Kluwer Law International, 1998, pp. 187-193.

Ver Texto

(32) K. Hobér, «The EU — Russia Energy Dialogue: the Legal Dimension», *Uppsala Yearb. East European law.* vol. 2006— 2007, pp. 107-173.

Ver Texto

(33) M.A. Pérez Martín, «La geoeconomía de Asia Central y el «Gran Juego» de los recursos naturales: agua, petróleo, gas, uranio y corredores de transporte», *Real Instituto Elcano*, Documento de trabajo 59/2009, 23 noviembre 2009 [<https:// media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/dt59-2009-perez-martin-geoeconomia-asia-central-recursos-naturales.pdf>].

Ver Texto

(34) Art. 18.1º ECT: «Las Partes Contratantes reconocen la soberanía estatal y los derechos soberanos sobre los recursos energéticos y, asimismo, reiteran que tales derechos se deben ejercer con arreglo a las disposiciones del Derecho Internacional, y con sujeción a las mismas».

Ver Texto

(35) G. Coop, «Energy Charter Treaty and the European Union: is Conflict Inevitable?», *Journal of energy & natural resources law*, vol. 27, n.º 3, 2009, pp. 404-419.

Ver Texto

(36) El art. 10.7º esta cláusula y tanto Rusia como la UE estaban dispuestas a garantizar la protección de la inversión fuera de sus zonas geográficas, pero se mostraban reticentes a ofrecer un acceso no discriminatorio para cualquier actividad energética en la fase previa a la inversión. *Cf*. A.V. Belyi, «La posición rusa con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (ARI)», *Real Instituto Elcano*, ARI, n.º 98/2009, p. 4.

Ver Texto

(37) E. Paasivirta, «The European Union and the energy sector: the case of the Energy Charter Treaty», *International law aspects of the European Union…*, *op. cit.*, pp. 197-214.

Ver Texto

(38) Los firmantes del tratado eran conscientes de que la seguridad energética de la UE no podía lograrse adoptando un enfoque puramente interno de las cuestiones energéticas, sino que era necesario adoptar un enfoque global de la política exterior, que comprendiese tanto las relaciones económicas eficaces como la cooperación al desarrollo y las políticas exteriores hacia los países productores de energía. Debido a la importancia universal que los principios establecidos en el ECT confirieron al Derecho internacional, proliferaron otras opciones para mejorar la cooperación del sector energético euroasiático en el ámbito del tránsito. Concretamente, durante la reunión consultiva empresarial celebrada en vísperas de la reunión ministerial sobre energía del G8, celebrada el 1 de abril de 1998 en Moscú, se formularon propuestas para animar a los países a seguir cooperando con los principios y disposiciones del proceso de la Carta de la Energía. *Cf*. P. Vlaanderen , «Energy Transit: The Multilateral Challenge», *International Association for Energy Economics Newsletter*, n.º 3, 1998, pp.16-21. *Vid.*., asimismo, S.S. Haghighi, *Energy security: the external legal relations of the European Union with major oil — and gas-supplying countries*, Oxford / Portland, Hart, 2007.

Ver Texto

(39) «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre una estrategia de la UE para el gas natural licuado y el almacenamiento del gas», Bruselas, 16 febrero 2016. COM(2016) 49 final.

Ver Texto

(40) T.W. Wälde y A.J. Gunst, «International Energy Trade and Access to Energy Networks», *Journal of World Trade*, vol. 36, n.º 2, 2002, pp. 191-218.

Ver Texto

(41) V. López-Ibor Mayor, «El Tratado de la Carta Europea de la Energía», *Tratado de regulación del sector eléctrico*, vol. 1, *Aspectos jurídicos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 213-240.

Ver Texto

(42) K.J. Vandevelde, «Arbitration provisions in the BITs and the Energy Charter Treaty», *The Energy Charter Treaty: an East-West gateway for investment and trade*, *op. cit*., pp. 409-421; *id.*, «The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty», *Am. J. Int'l L.*, vol. 92, n.º 4, 1998), pp. 621-641.

Ver Texto

(43) Como pusiera de relieve la STJ GS 2 septiembre 2021 (as. C-741/19: *República de Moldavia*), «mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual, con arreglo al art. 26, ap. 3, letra a), del ECT, 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».

Ver Texto

(44) *Vid.*. P. Pinsolle, «The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 10, n.º 3, 2007, pp. 74-81; J. Blanch, A. Moody y N. Lawn, «Access to Dispute Resolution Mechanisms under Article 26 of the Energy Charter Treaty», *Investment protection and the Energy Charter Treaty*, Nueva York, JurisNet, 2008, pp. 1-15.

Ver Texto

(45) El punto de partida de todos estos mecanismos es la conveniencia de una pronta solución amistosa entre las partes de cualquier controversia. El papel potencial de la Secretaría a través de sus buenos oficios, mediación y servicios de conciliación fue destacado por la Conferencia de la Carta de la Energía en 2014 como un ejemplo del logro de una solución amistosa de controversias. Desde 2014, la Secretaría ha prestado sus buenos oficios antes de que el inversor recurra al arbitraje internacional, y después de las fases iniciales del arbitraje. La Secretaría, puede desempeñar un papel importante al proponer y ayudar a conseguir el acuerdo de las partes para explorar/iniciar los procedimientos de mediación; e incluso ayudar a las partes a superar los obstáculos procesales iniciales, por ejemplo, proporcionando los locales de la Secretaría para las reuniones iniciales y el apoyo administrativo para el proceso de mediación. *Vid.*. Energy Charter Secretariat, *Conflict Prevention and Dispute Resolution: Main Provisions ans Instruments*, Bruselas, 2016.

Ver Texto

(46) T. Wälde y A. Konoplyanik, «Energy Charter Conference», *Handbook of transnational economic governance regimes*, Leiden..., Nijhoff, 2009, pp. 827-848.

Ver Texto

(47) Comisión Europea, «Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la 33.ª reunión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía», Bruselas, 5 octubre 2022, COM(2022) 521 final. 2022/0324(NLE).

Ver Texto

(48) La Carta Internacional de la Energía promueve una cooperación energética mutuamente beneficiosa entre las naciones en aras de la seguridad y la sostenibilidad energética, encajando así en la agenda política global reflejada, por ejemplo, en el Comunicado de los Líderes del G20 de la Cumbre de Brisbane de noviembre de 2014 [<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_320409/lang--es/index.htm>] y en el Documento de la ONU «El futuro que queremos», aprobado por la Conferencia de la ONU sobre Desarrollo Sostenible en junio de 2012 [<https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_evento/docfinalrio20.pdf>].

Ver Texto

(49) A.F.M. Maniruzzaman, «International Energy Charter as a Milestone for Global Energy Co-Operation in the 21st Century», *Amicus Curiae*, n.º 101, 2015, pp. 12 ss; P. Aalto, «The new International Energy Charter: Instrumental or incremental progress in governance?», *Energy Research & Social Science* , vol. 11, 2016, pp. 92-96. *Vid.*., asimismo, I. del Guayo Castiella, «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables. A propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», *Cuadernos de energía*, n.º 47, 2016, pp. 50-56, esp. p. 54.

Ver Texto

(50) *Vid.*. A. Hadfield, «EU-Russia Energy Relations: Aggregation and Aggravation», *J. Contemporary Eur. Studies*, vol. 16, n.º 2, 2028, pp.231-248.

Ver Texto

(51) La razón principal fue el convencimiento de la empresa gasística rusa Gazprom de que la libertad de tránsito también implicaba el acceso de terceros a los productores de Asia Central. Gazprom, se manifestó contra la existencia de un corredor de tránsito de Asia Central a Europa a través de Rusia, ya que supondría la pérdida de control de Rusia sobre el flujo de energía. *Vid.*. T. Eldem, «Russia's War on Ukraine and the Rise of the Middle Corridor as a Third Vector of Eurasian Connectivity Connecting Europe and Asia via Central Asia, the Caucasus, and Turkey», *Stiftung Wissenschaft und Politik. Comment*, n.º 64, octubre 2022 [<https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C64_MiddleCorridor.pdf>].

Ver Texto

(52)

Técnicas, habilidades y estrategias del mediador en los procesos de mediación

Techniques, skills and strategies of the mediator in the mediation processes

La mediación como técnica para resolver conflictos es sumamente eficaz. Para ello, juega un papel fundamental el mediador que a través de distintas técnicas y habilidades facilitará a las partes la toma de decisiones basada en intereses mutuos. La complejidad de las relaciones y de la comunicación humana exigen al mediador/a el desarrollo de estrategias de comunicación que le permitan comprender y manejar el modo de relacionarse y comunicarse de las personas que acuden a este proceso.

Esto no quiere decir que la mediación deba sustituir siempre a otros sistemas de resolución de conflictos más adversariales, o que pueda resultar eficaz en todos los casos. Pero, cuando sea posible, el mediador a través de las técnicas, habilidades y estrategias a las que hacemos alusión en este estudio, podrá mover a las partes del nivel emocional en el que se encuentran, al nivel cognitivo, enfatizando en las posibles vías de resolución del conflicto.

Mediador/a, partes, conflicto, estrategias de negociación, técnicas y habilidades del mediador, acuerdo de mediación.

Mediation as a technique to resolve conflicts is extremely effective. For this, the mediator plays a fundamental role, who through different techniques and skills will facilitate the parties to make decisions based on mutual interests. The complexity of relationships and human communication require the mediator to develop communication strategies that allow them to understand and manage the way of relating and communicating with the people who come to this process.

This does not mean that mediation should always replace other more adversarial conflict resolution systems, or that it can be effective in all cases. But, when possible, the mediator through the techniques, skills and strategies that we allude to in this study, will be able to move the parties from the emotional level in which they are, to the cognitive level, emphasizing the possible ways of conflict resolution.

Mediator, parties, conflict, negotiation strategies, techniques and skills of the mediator, mediation agreement.

M.ª del Carmen Cazorla González-Serrano

Profesora Titular (i.) Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos. Mediadora

I. INTRODUCCIÓN

Ante un conflicto, entre las distintas estrategias para su resolución subyace el modelo de autoridad. La necesidad de protegernos de planteamientos opuestos a los nuestros, percibidos como amenaza, hace que la sociedad de hoy en día tenga en mente como primera opción acudir a la vía judicial. Sin embargo, los resultados obtenidos revelan que la piedra angular de nuestras vidas y de la economía del país en el que vivimos ha de huir de soluciones mecánicas y de un trato deshumanizado e ineficaz. Necesitamos soluciones personalizadas y creativas en las que las partes implicadas sean protagonistas de un acuerdo voluntario.

La vía judicial por su propia configuración impone el cauce de la simplificación extrema a algunos problemas que en sí mismos distan de ser sencillos. Un conflicto se configura a partir de un fuerte sustrato humano y, por tanto, en mayor o menor medida, lleva aparejada la complejidad propia del ámbito relacional. Una resolución judicial da respuesta a una petición que se ha de ajustar a las previsiones de la ley; sin embargo, en muchas ocasiones no satisface a las partes y no consigue acabar con sus disputas originándose interminables procedimientos de ejecución de sentencia, que provocan, en ocasiones, incluso mayores rencillas y un recrudecimiento del conflicto inicial de muy difícil solución. La sentencia judicial emerge sin amoldarse a la especificidad que se requiere y a las necesidades de sus protagonistas y del contexto organizativo, económico y productivo en el que se desenvuelven, lo que acaba pasando factura.

Frente a esta situación, la realidad social venía reclamando desde hace décadas, la existencia de Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos (ADR). Su finalidad no es la de suplantar al tradicional sistema judicial, sino abrir nuevas vías de desjudicialización de los asuntos que caen bajo su ámbito de aplicación, con el fin de reducir la carga de trabajo de los tribunales y llegar a acuerdos en los que la ley pierda protagonismo en favor del principio dispositivo y la autonomía de la voluntad de las partes (1) .

De entre los distintos sistemas alternativos de resolución de conflictos, el presente estudio ahonda en el análisis de la mediación y, más en concreto, de las técnicas y habilidades de las que el mediador se sirve para lograr ese acuerdo tan deseado entre las partes.

II. EL MEDIADOR: REQUISITOS NECESARIOS Y CUALIDADES DE INTERÉS

Llamamos mediador a esa tercera persona dotada de una preparación técnica específica, que, desde una posición de neutralidad, sin tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto con la finalidad de que las personas involucradas en la controversia racionalicen, con su ayuda, una salida negociada que ponga fin al litigio (2) . El mediador es un profesional que conduce el encuentro de las partes en conflicto en el proceso de mediación. Su función primordial es reunir a los participantes para orientarles y asistirlos en la búsqueda de alternativas para dirimir su conflicto, sin imponer soluciones o sin autoridad para hacer cumplir los acuerdos a los que llegan las partes. Para ello, se hace uso de diversas técnicas y habilidades como son, entre otras, la empatía, la asertividad, la escucha activa, la normalización, la formulación de preguntas, la connotación positiva, etc.

En España, las Comunidades Autónomas no contemplan de manera unánime el perfil del mediador, aunque muchas de ellas coinciden al referirse a determinados profesionales para ejercer dichas

funciones; así, los abogados, los psicólogos, los trabajadores sociales, los educadores sociales, los pedagogos son perfiles profesionales orientados en su formación a un adecuado desarrollo de las funciones de mediador. Sin embargo, no existe *numerus clausus* a la hora determinar profesiones a las cuales esté reservado el acceso al ejercicio de la mediación. La Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea insiste en la necesidad de promover la calidad de la institución mediadora garantizando la capacitación de los mediadores, lo cual requiere un compromiso específico de los Estados que han de dar cumplimiento al mandato de fomentar la adecuada formación de los mismos. Reflejo de ello son los numerosos Instrumentos Internacionales y las normas nacionales dictadas en la materia (3) .

La Ley de mediación 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles deja abierta, por tanto, la condición de mediador a todos los que posean algunos de los grados reconocidos oficialmente, es decir, la formación universitaria debe ser ineludible. Además, se suele imponer una determinada experiencia profesional durante un plazo de tiempo suficiente lo que implica, por un lado, la necesidad de pertenecer a un colegio profesional a cuyo régimen jurídico y de garantía de prestación de servicios se esté sometido y, de otro, que se haya ejercido un trabajo efectivo dentro del campo profesional en el que se encuentre. La pertenencia a un colegio profesional posibilita que se esté sometido al régimen disciplinario propio para los casos en los que eventualmente se cometan conflictos en el desempeño de la profesión. Si se trata de funcionarios públicos, cuando no exista colegio profesional es la administración la que garantizará el desarrollo de la actividad dentro de los principios deontológicos exigibles.

Además de la pertenencia a un determinado colectivo profesional, el mediador ha de recibir una formación específica que le habilite para el ejercicio de una función mediadora. En este sentido, la Ley de mediación en su Disposición Final Octava hace recaer en «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia» la facultad de «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».

La formación específica debe impartirse en cualquiera de las modalidades que presenta el modelo universitario actual y debe incluir como tronco común un conjunto de materias propias procedentes de la Psicología, la Sociología y el Derecho, como son las relativas al estudio de los conflictos, la estructura de las relaciones de poder, las técnicas de comunicación y negociación, los fundamentos de derecho negocial y el régimen jurídico de la mediación. Además de este tronco común, y según la procedencia profesional de la persona, los que procedan de las ciencias de la conducta deberán completar la formación en las materias de Derecho en las que se deba actuar; Derecho de familia, Derecho penal, Derecho civil, Derecho procesal, y quienes procedan de las ciencias jurídicas deberán completar su formación con materias propias de la psicología del comportamiento. En suma, a mayor grado de especialización habrá siempre una mayor garantía de que la intervención del mediador sea más acertada. La especialización puede compaginarse con la práctica de la comediación, en aquellos casos en los que la naturaleza del conflicto exija que el mediador cuente como auxiliar con una persona experta en la materia sobre la que versa el litigio, que no tendrá la tarea de dar su opinión, sino de asesorar al mediador en la planificación de las sesiones y en

clarificar los puntos del debate que deben ser focalizados en cada caso concreto.

En todo caso, es importante que la formación del mediador, así como su especialidad y experiencia, consten en el Registro para que las personas que solicitan una mediación puedan tomar, con pleno conocimiento y, por tanto, libremente, la decisión de realizarla con dicho mediador. Sin duda, el Registro tiene una importante función de control de los mediadores en el sentido de establecer los criterios de acceso y determinar qué formación específica en mediación han de recibir para constar en él como mediador.

La función mediadora requiere, además de la extracción profesional y de la formación teórica específica, la realización de un amplio programa de prácticas en procesos de mediación. El mediador debe llevar a la espalda una experiencia práctica dilatada en calidad de observador, de ayudante o de comediador, en la que haya podido contrastar su formación teórica con una serie de técnicas o habilidades mínimas exigibles. De ahí, el importante papel que tienen las asociaciones profesionales de mediadores en tanto que las mismas son depositarias de la experiencia, de la formación continua, de los trabajos de investigación y de la responsabilidad de la calidad profesional de sus propios asociados. Debemos tener en consideración que únicamente mediante la realización de unas prácticas estructuradas en las que se haya podido examinar el grado de control de las técnicas por parte del mediador, y se hayan podido someter a crítica sus intervenciones, se puede conseguir una preparación profesional adecuada.

El mediador debe llevar a la espalda una experiencia práctica dilatada en calidad de observador, de ayudante o de comediador, en la que haya podido contrastar su formación teórica con una serie de técnicas o habilidades mínimas exigibles

Aparte de una determinada formación, el mediador ha de contar con unas aptitudes especiales que le permitan y faciliten el camino para el ejercicio de una adecuada mediación (4) . En este sentido, a continuación, encontramos una tabla donde se recogen las cualidades que, a mi juicio, considero esenciales para que la labor como mediador, de sus frutos.

Amabilidad	El mediador debe ser siempre en su actuación diaria amable, tanto cuando ejerce su actividad profesional, como en su actividad diaria, así como en sus comunicaciones y relaciones con terceros.
Educado	Ha de tener una educación y urbanidad exquisita.
Trabajar la empatía	Ponerse en el lugar del otro.
Saber escuchar	Quién tiene un problema, antes de la solución quiere que le escuchen.
Saber sugerir	Dar su opinión sin que parezca que sea una imposición.
Ser inmune a los malos modos	Aunque las partes se alteren o incluso lleguen a enfadarse, el mediador debe continuar con su actitud impecable y amable.
Didáctico	Siempre debe pensar que las personas que pretenden solucionar un conflicto no tienen porque conocer los detalles del procedimiento, ni el modo de solucionarlo.

Creativo	El mediador ha de ser capaz de mirar el problema desde otras perspectivas distintas a las partes y formular preguntas que les lleven a reflexionar y llegar ellos mismos a las posibles alternativas de acuerdo.
Paciente	Nunca debemos tener prisa en el procedimiento de mediación, aunque se debe explicar tanto los tiempos como los turnos de palabra.
Prudente	Nunca debe emitir juicios de valor o expresiones sin pensarlas previamente.
Tranquilo	Aunque las partes se enfaden, el mediador debe transmitir sensación de calma, tranquilidad y equilibrio.
Sensible	Con los sentimientos y sufrimiento de las partes.
Actitud positiva	Respecto a los problemas de las partes y del conflicto.
Objetivo	Debe tener claros los fines de la mediación.
Fomentar la cultura de la paz	Win-win

¿Quiere decir esto que quien no presenta estas cualidades no puede ser mediador o, por ser más precisos, no es recomendable que lo sea? Rotundamente, no. El ser humano tiende a calificarse y a enjuiciar lo que es o no capaz de hacer cerrándose puertas y limitándose en su día a día. La mediación es una herramienta maravillosa al alcance de cualquier persona y el mediador una persona que, con sus virtudes y sus defectos, como todos, tiene a su alcance el poder superarse a sí mismo y evolucionar. ¿Cuántos hemos nacido impacientes, poco empáticos, nerviosos, etc., y cuantos, hemos conseguido trabajarnos y lograr el equilibrio deseado? El buen mediador no nace, se hace.

III. HABILIDADES DEL MEDIADOR, ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN Y TÉCNICAS EN LA PREPARACIÓN DE LA MEDIACIÓN

Es importante conocer cuáles son las habilidades, herramientas y estrategias que deben desarrollarse en los procesos de mediación (5) independientemente de la materia en que se trabaje (mercantil, familiar, escolar, vecinal, etc.). A través de ellas, el mediador tenderá puentes de comunicación para aclarar las necesidades y los intereses de las partes con la finalidad de acercar las posturas que imposibilitan la resolución de conflictos.

1. Habilidades

Se refieren al talento o a la aptitud que los mediadores, mediante práctica y entrenamiento, pueden desarrollar para realizar algunas tareas. Podemos destacar:

i) Generar confianza entre las partes utilizando la empatía como un medio para reducir la tensión y las hostilidades que se puedan presentar en las sesiones de mediación; cuanta más confianza brinde el mediador, menor será el temor y esto reducirá la agresividad. Aunque la disminución de la hostilidad entre las partes es deseable y útil para el proceso de mediación, es perfectamente posible llevar a cabo una mediación aun cuando entre las partes no exista buena comunicación. El mediador deberá trabajar en disminuir estas hostilidades para apoyar el desarrollo del proceso.

ii) La escucha activa supone ir más allá que simplemente «oír». No es lo mismo oír que escuchar. Escuchar supone un acto consciente voluntario y libre. Hay que querer escuchar. Oír es percibir sonidos. Esta habilidad exige prestar la debida atención a lo que las partes expresan y cerciorarse de

manera natural y discreta que el mensaje es recibido y comprendido Y es que, como apunta un viejo Proverbio Chino: «El hablante siembra, el buen oyente cosecha».

La escucha es una actividad que requiere toda la atención de la persona que la ejerce. Leer mientras nos hablan, mirar repetidamente el reloj, desviar con frecuencia la vista hacia otra parte o mostrar un gesto ausente, sin indicios de falta de atención e interés que bloquean la comunicación y denotan pasividad en la escucha.

La persona que se siente escuchada experimenta alivio y agradecimiento y crece en autoestima, en seguridad y en autonomía. Para expresar que se escucha, se suele enviar «señales» que lo confirman, tales como:

- verbales: mensajes cortos y ocasionales durante la conversación (sí, claro, comprendo, ya...etc.), preguntas oportunas, reformulación de lo que nos va contando, retroalimentación, etc.
- no verbales: asentimientos de cabeza, mirada abierta, gestos...etc., que animan a la persona que habla a continuar la conversación porque se siente escuchada y comprendida.

iii) Priorizar intereses y necesidades. El mediador debe tener la habilidad de organizar la información que recibe de las partes en conflicto y, definir a partir de lo escuchado, cuáles son sus necesidades e intereses para establecer en qué orden y cómo se resolverán. Normalmente a las partes involucradas en el conflicto les cuesta trabajo organizar sus pensamientos, están sufriendo y el dolor les provoca confusión. El mediador que tiene la habilidad de saber escuchar puede organizar la información que recibe y, entendiendo cuales son las raíces del conflicto, lo transforma y ayuda a que las partes logren llegar a una solución.

iv) Cuando hablamos de *asertividad*, nos referimos a la capacidad de expresar de manera libre y espontánea, sin temores infundados ni ansiedades innecesarias, nuestros pensamientos y sentimientos y actuar de manera consecuente con estos, pero con el debido respeto por los sentimientos y pensamientos de las demás personas. Ser asertivo se resume en la capacidad de defender nuestros derechos y mantener el debido respeto por los derechos ajenos. Los mediadores deben observar la capacidad de expresar las necesidades, sentimientos y emociones de los mediados en el momento preciso y de modo adecuado, evitando con ello que las partes se sientan agredidas.

v) La resiliencia (6) es la capacidad de recuperación, de forma constructiva y positiva, de cualquier «golpe» que haya dañado nuestra persona. Es la actitud que poseen las personas que, cuando se les cierra una puerta son capaces de abrir una ventana.

Para la persona mediadora, la resiliencia es una actitud esencial en cuanto se refiere al adiestramiento de la mirada para distinguir las diferentes posibilidades que plantea la realidad definida en positivo. La resiliencia nos hace tener una mirada apreciativa hacia las personas, que nos hace distinguir las oportunidades que encierra cada realidad. Desde esta actitud, la intervención con las personas será generadora de oportunidades.

La actitud resiliente hace que nuestra intervención vaya siempre orientada a buscar los «rastros de vida» que hay escondidos en las personas que hayan sufrido experiencias traumáticas y estén marcadas por algún episodio complicado en su vida. Tomemos como ejemplo, una persona que en su infancia ha sido maltratada o tratada violentamente. En muchas ocasionas, esta persona en su adolescencia o juventud ha tenido manifestaciones de agresividad y violencia que le conducen a conflictos continuados. Desde la intervención determinista que tienen muchas personas profesionales, se concluirá que el pasado condiciona la actitud presente de ese joven o de esa joven y se trabajará por intentar corregir esa conducta agresiva. La intervención desde la actitud resiliente será sin embargo diferente: la persona agente de mediación, interviniendo desde la resiliencia, ayudará a la persona joven a proyectar su agresividad hacia el futuro como una actitud positiva, porque la agresividad bien enfocada es la que nos ayuda a superarnos, a luchar ante la vida y a alcanzar sus metas.

2. Técnicas

Son el conjunto de saberes prácticos o procedimientos para obtener el resultado que se pretende para ejecutar una tarea determinada. Su dominio permite proceder con mayor seguridad.

A) Comunicación

La comunicación es una habilidad fundamental a la hora de mediar entre las partes. La mediación es un proceso comunicacional y consiste en una interacción entre el emisor y el receptor dentro de un medio, espacio y tiempo concretos.

Este proceso comunicativo se lleva a cabo en un lapso de tiempo mediante el cual uno, dos o más individuos utilizan el mismo código intercambiándose informaciones, sentimientos, pensamientos, y cualquier otra cosa que pueda ser transmitida.

A través de la comunicación se transmite algo (un mensaje), tanto de forma verbal (comunicación digital) como no verbal (comunicación analógica).

Podemos distinguir como principales elementos de la comunicación:

a) Emisor: Aquel del que procede el mensaje.

b) Receptor: El que recibe o interpreta el mensaje.

c) Mensaje: Información que se transmite.

d) Código: Idioma que utilizan el emisor y el receptor. Se trata de un conjunto de signos que permita al emisor transmitir el mensaje, de manera que el receptor pueda entenderlo.

e) Canal: Vía por la que circula el mensaje, sea oral, escrito, ondas sonoras, etc.

f) Los filtros: Son las interferencias o barreras mentales tanto del emisor como del receptor originados por sus propias experiencias.

g) Retroalimentación: Es el conjunto de información que obtenemos de la propia comunicación y nos permite evaluar el proceso.

Cabe afirmar que una adecuada comunicación es la clave para detectar los problemas, mejorar el desarrollo de las sesiones, facilitar un entendimiento y llegar a un acuerdo entre las partes.

El mediador debe de saber utilizar las herramientas de la comunicación haciéndose con las técnicas necesarias para desempeñar este papel de intermediación. Un papel con el cual deberá ser capaz de crear e instaurar un clima de confianza mediante una proposición de acuerdo, al cual las partes podrán manifestar las correcciones u objeciones que consideren y que el mediador incluirá o no en su propuesta. Una vez realizado esto, las partes aceptan o no el acuerdo.

A continuación, examinaremos las técnicas que puede utilizar el mediador para construir el espacio de colaboración y el clima adecuado que permita a las partes hablar de los temas que les preocupa resolver.

i) La negociación (7) : preparar la negociación resulta la clave del éxito en la consecución de los objetivos planteados. Los mejores y más exitosos negociadores del mundo son firmes defensores de la gran importancia que tiene la preparación de la negociación para la consecución del resultado deseado (8) . Una buena preparación conlleva conversaciones más efectivas y centradas, en orden a conseguir el objetivo, y, por tanto, un ahorro global de tiempo, lo que supone otro beneficio añadido.

Son tres las cuestiones claves en la preparación de la negociación:

1. Qué es de lo que yo quiero hablar en cada reunión (propósito).
2. Qué quiero sacar o llevarme de esa reunión (producto).
3. Como voy a conseguirlo, esto es, con quien o quienes voy a reunirme, qué papel ocupa cada uno, donde, a qué hora, cuantas sesiones o reuniones haré (proceso).

Una vez claras estas cuestiones, el mediador está preparado para sentarse en la mesa de negociación.

ii) La primera labor del mediador, cuando recibe a las partes, será *la de informar a las mismas sobre la mediación, sobre el proceso y sobre el papel que el mediador y ellas mismas desempeñan en el mismo*

La mediación como método de resolución de conflictos, aunque avanza con paso firme y cada vez es más conocida en España, es todavía largo el camino que queda por recorrer. Por este motivo, las personas que acuden a mediación, en muchos casos no la conocen o han oído hablar poco de este proceso. El modo en que las partes acuden, con frecuencia sigue siendo a instancia de la otra parte en conflicto, o bien, derivada por un órgano judicial, sin conocimiento previo del proceso de mediación. Incluso cuando las partes acuden de común acuerdo, lo hacen con unas expectativas que no pueden ser colmadas por el mismo proceso. Por ejemplo, cuando acuden con la esperanza de que otro tome por ellos las decisiones, cuando ellas por sí mismas, no lo han logrado.

La mediación como método de resolución de conflictos, aunque avanza con paso firme y cada vez es más conocida en España, es todavía largo el camino que queda por recorrer

Este desconocimiento de la mediación y su proceso tiene como consecuencia que el mediador, en muchos casos, necesite informar a las partes sobre qué es la mediación, quién es el mediador (como profesional cualificado), cómo se desarrolla el proceso de mediación y qué papel tienen, tanto las partes como el propio mediador, en este proceso.

Las personas que acuden a mediación o que son derivadas a un mediador por otro profesional o por un órgano judicial, tienen ya una historia de conflicto (más o menos larga), en la que ellas mismas han intentado ponerse de acuerdo, sin conseguirlo, e incluso, en ocasiones, lo han intentado a través de terceras personas. Esta falta de acuerdo ha hecho que se incremente el nivel emocional de las partes, ya que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por sí solas, las personas implicadas en el conflicto se sienten frustradas, tristes, o enfadadas. Por todas estas circunstancias, es probable que cuando el mediador les invite a sentarse de nuevo para intentar llegar a un acuerdo en un proceso de mediación, con frecuencia se muestren reticentes o incluso presenten una actitud de rechazo. Consideran que ya lo han intentado y que no les merece la pena más sufrimiento para no conseguir nada.

Una vez que el mediador ha informado adecuadamente a las partes sobre el proceso de mediación, el cambio que supone y el papel que tanto el mediador como ellas mismas ocupan en el proceso, y éstas, han aceptado modificar sus formas de actuación y deciden continuar, las habilidades del mediador deberán ir encaminadas a recabar de las partes la información necesaria para poder acompañarlas en la toma de decisiones y en la adopción de cada uno de los acuerdos que se vayan tomando.

iii) Recabar información sobre las partes y sobre las cuestiones que desean tratar. Cuando las partes han comprendido el cambio que supone la mediación respecto a otros métodos de resolución de conflictos, y han aprobado el funcionamiento del proceso y el papel que tanto el mediador como ellas mismas desempeñan, llega el momento de que el mediador se provea de la información precisa sobre las partes y sobre las cuestiones que las mismas quieren traer a mediación. Es aquí cuando éstas deberán facilitar al mediador la información necesaria para que se pueda iniciar el proceso de mediación y, para lograr una situación de equilibrio que les permita alcanzar acuerdos satisfactorios.

La información que ha de reunir el mediador para preparar el proceso de mediación deberá permitirle:

1) La identificación de las partes, de modo que el mediador pueda determinar con claridad quién es quién en el proceso de mediación. De este modo, el mediador sabrá si todas las partes presentes en el proceso son las que están en desacuerdo, o si hay alguna otra que esté ausente y pueda

influir en el mismo. El mediador deberá fijar a las partes los límites y la posición que cada una de ellas desempeña en la mediación.

2) La identificación de las cuestiones o hechos que van a ser tratados en la mediación.

El mediador deberá recoger información sobre el modo en que las partes perciben el conflicto, qué asuntos quieren tratar y cómo les gustaría que se resolviesen las cuestiones que quieren traer al proceso de mediación.

Es muy frecuente que las partes teman ser examinadas o juzgadas por el mediador y por los otros participantes en la mediación, cuando relatan los hechos o cuestiones que son objeto de controversia o conflicto o que han dado lugar al mismo. Su ansiedad les hará presentar los hechos del modo que consideren más favorable. Cada una de las partes pretende que el mediador simpatice con sus posiciones o las juzgue favorablemente. Por este motivo, tienden a declarar los hechos de forma calculada para obtener el favor del mediador, o al menos para evitar su desaprobación. El resultado puede ser que las partes omitan algunos hechos, exageren otros, relaten hechos del pasado que ya no son pertinentes pero que pretenden que refuercen sus acciones, etc.

iv) La negociación través del «Proyecto Harvard de negociación». Este Proyecto tiene su origen en las investigaciones y trabajos realizados por Roger Fisher y William Ury (9) , a finales de los años '80 y '90, quienes trataron de buscar la mejor manera de que las personas resolvieran sus diferencias. El proyecto Harvard propone otra vía: la negociación basada en principios. Se trata de buscar el beneficio mutuo. Persigue que, cuando los intereses estén enfrentados, el acuerdo se base en criterios justos e independientes a las partes.

Son cuatro los principios en los que se basa el método Harvard:

1) Se debe separar las personas del problema. La habilidad más importante en la negociación es la habilidad de ponerse en el lugar de los demás.

2) Hay que centrarse en los intereses. Los intereses pueden ser los deseos, los temores, las necesidades. El problema básico de una negociación es el conflicto entre las necesidades, deseos y preocupaciones. Para descubrir los intereses hay que preguntarse, ¿para qué se pide esto? No podemos olvidar que la negociación no va a progresar si una de las partes ve amenazadas sus necesidades básicas (seguridad, bienestar económico, reconocimiento, etc.) ya que los intereses más poderosos son las necesidades humanas básicas.

3) Inventar opciones en beneficio mutuo. Se trata de exponer de manera que todos los negociadores participen en una auténtica tormenta de ideas sin que nadie piense que sus ideas son mejores o peores. Una vez finalizada la exposición, si debemos escoger las mejores opciones y comenzar su desarrollo. Según Sun Tzu (10) en el arte de la guerra: «Tener muchas oportunidades trae la victoria, tener pocas trae la derrota y no tener ninguna trae el desastre».

4) Insistir en utilizar criterios objetivos de legitimidad. Hay que lograr que los criterios en los que se base la negociación sean lo más objetivos posibles e independientes a la voluntad de las partes.

Ninguna parte es la que cede ya que ambas se someten a una solución justa.

El *Proyecto Harvard* de negociación se compone de siete elementos y, todos ellos, integran el proceso de negociación:

1.º *Los intereses*. Son las necesidades, deseos, temores, esperanzas e inquietudes. Es lo que realmente buscan las partes. Si examinamos los intereses fundamentales veremos que muchos de ellos son compatibles o incluso compartidos.

2.º *Alternativas.* Son las opciones de cada parte para retirarse de la mesa de negociación si no se llega a un acuerdo. La alternativa responde a la pregunta, ¿de qué manera voy a satisfacer mis intereses fuera de la negociación sin necesidad de llegar a un acuerdo? Debemos pensar también en las alternativas de la otra parte. Cuanto más sepamos sobre estas alternativas mejor preparados estamos para la negociación. Conociendo sus alternativas podemos hacernos una idea completa de lo que podemos esperar o hasta donde podemos llegar en la negociación.

3.º *Opciones*. Son las posibles soluciones que están sobre la mesa de negociación y que todavía no hemos analizado o discutido, si funcionarán o no.

4.º *Legitimidad*. Se refiere a una referencia externa, un criterio o un principio que se utiliza para seleccionar las opciones y llegar a un acuerdo.

5.º *Compromisos*. Los planteamientos verbales o escritos que explican lo que una parte hará o no hará. Aquellos que se comprometen a realizar o a cumplir tras la negociación.

6.º *Comunicación*. Es una habilidad fundamental a la hora de mediar entre las partes. Consiste en una interacción entre el emisor y el receptor dentro de un medio, espacio y tiempo concretos.

7.º *Relación*. Para una buena relación hay que dejar fuera las emociones personales y separar la relación entre las partes de lo que es el objeto esencial de la negociación.

Puede ocurrir que cuando se inicia el proceso de mediación, la posición de las partes inmersas en una situación conflictiva esté desequilibrada, en cuanto que una puede tener una posición de mayor poder que la otra. Este desequilibrio daña la comunicación entre las mismas y también la posibilidad de negociación o toma de decisiones durante el proceso de mediación.

Si el mediador decide que la desigualdad o desequilibrio de poder es una situación o condición permanente o que no se puede tratar en la mediación adecuadamente, esto es, en casos como el maltrato físico o psíquico, problemas mentales graves, etc., el mediador tiene la responsabilidad ética de comunicárselo a los participantes en la mediación y suspender el proceso. Si, por el contrario, el mediador valora la situación de desequilibrio como una situación que puede cambiarse en la mediación, tratará de hacerlo mediante las técnicas que le permitan manejar esa situación, modificando la interacción de las partes durante el proceso.

B) Las técnicas de cuestionamiento

Son una invitación a que las personas hablen, por lo que no han de convertirse en herramientas

utilizadas para interrogar a las partes indagando en el pasado, en los hechos o en las causas. El mediador no necesita para el proceso prueba alguna y no va a decidir dando la razón a una u otra parte.

Señalaremos, a continuación, diferentes tipos de preguntas que la persona mediadora utilizará según el momento del proceso y el objetivo.

Preguntas dirigidas a conocer información sobre la situación:

a) *Preguntas exploratorias*: la persona mediadora realiza este tipo de preguntas, además de para recibir información sobre la situación, para conocer los objetivos y las contribuciones de las personas participantes, así como para examinar la información que cada una tiene de la otra. Podemos encontrar, preguntas abiertas, tales como, *¿Qué les o ha traído hoy aquí?, ¿qué esperan de este proceso de mediación?, ¿cómo se sienten?*, preguntas cerradas: *¿Cuándo firmaron el acuerdo?, ¿en qué lugar dice que ocurrió el suceso?, ¿ha contratado usted a un abogado?*

b) *Preguntas clarificadoras*: se utilizan para verificar o ampliar la información expuesta con anterioridad. Muestran interés por los datos que la persona ha facilitado y confirman que el mediador les ha entendido, aclaran ideas, contrastan lo que ha querido decir. Algunos ejemplos de este tipo de preguntas serían: *¿Me puede usted aclarar que pasó cuando usted le transmitió esto que está diciendo?* Cuando dice usted que está dispuesto a pagar lo que la otra persona le pide, *¿en qué cantidad está pensando? Dice que está dispuesto a hacer lo que el otro le pide, ¿esto qué incluye?*

c) *Preguntas estratégicas*: permiten establecer líneas de trabajo presuponiendo una hipótesis de trabajo por parte de quien las formula. Permiten conocer intereses subyacentes de las partes para conseguir reconducir el proceso. Algunos ejemplos de este tipo de preguntas podrían ser: *¿Qué significaría conseguir esto para usted? Si ustedes se pusieran de acuerdo, ¿qué problemas se resolverían?, ¿esto que acaba de decir sería un punto de partida para hablar de....?, ¿quiere decir que para usted sería importante que sus hijos conozcan que su padre y su madre fueron capaces de llegar a acuerdos?, de la propuesta que ha hecho ¿qué es lo que cambiaría?*

d) *Preguntas para comprobar la realidad*: este tipo de preguntas ayudan a las personas a reflexionar sobre la idoneidad de sus planteamientos y a evaluar por sí mismas, el valor de sus propuestas y sus actitudes respecto a los mismos. Estas preguntas pueden ser útiles ante ideas que parecen poco realistas sobre el caso y sus alternativas. Por ejemplo, ante el planteamiento de un padre respecto a la organización de la relación con su hija, en unos horarios que anteriormente ha manifestado que estaba fuera trabajando, la persona mediadora resumirá la propuesta de estar con su hija y a la vez su planteamiento de trabajo: «Álvaro, entiendo que está pensando en mantener una relación con su hija los martes y los jueves por la tarde, por otro lado, hacía referencia anteriormente a sus responsabilidades laborales. *¿Cómo ve usted que esto se lleve a cabo?* Este tipo de preguntas hará reflexionar a las partes, generando respuestas diferentes respecto al planteamiento inicial. *¿Qué alternativas tienen ustedes si no se ponen de acuerdo?*

e) *Preguntas de confirmación*: son preguntas cerradas que se utilizan en algunos momentos para

resaltar los puntos de acuerdo, los motivos para moverse de sus posiciones y adquirir compromisos. Además, permiten contrastar si la persona mediadora les está entendiendo.

Este tipo de preguntas se realizan tras un resumen que recoge lo que las partes han expresado: «Entonces estoy escuchando que ustedes están de acuerdo en que a partir de las 22:00 se prohíba poner música en vuestro domicilio, excepto viernes y sábado, *¿es así?* Con esta fórmula la mediadora podrá resaltar este acuerdo en el momento de tratar otros temas conflictivos entre vecinos.

f) *Preguntas circulares*: Nos dan información sobre la naturaleza de las relaciones. La respuesta a esta pregunta supone que las personas han de ponerse en la piel de la otra, ponerse en su lugar. Permite crear conexiones entre las personas y producen transformaciones y cambios preceptivos. Un ejemplo sería: *Podríamos preguntar a Juan, que nos diría María sobre lo que necesita para que este proceso de mediación le de confianza. Podríamos preguntar a Juan o a María que responderían el resto de los vecinos, si le preguntásemos sobre lo que están necesitando en este momento, respecto a qué nos respondería Juan si le preguntásemos para qué hace esta propuesta.*

g) *Preguntas hipotéticas*: Estas preguntas nos ayudan a que las personas puedan imaginarse diferentes situaciones y así, darse cuenta de que pueden existir diferentes posibilidades sin comprometer a las personas. Van dirigidas a cambiar el escenario, ponerse en otra situación.

Así, podríamos preguntar a las partes «qué piensan que cambiaría en la relación entre ellas o qué cambiaría en el futuro de la familia si llegasen a un acuerdo. Entiendo que para usted es conveniente conocer la opinión de un profesional, *¿es así?* (pregunta de confirmación), que efecto tendría en el tema que ustedes están tratando , si conociesen la opinión de un profesional. Si pudiesen ver el futuro en este momento, *¿cómo les gustaría que estuviese su situación?, ¿cómo les gustaría que fuera su relación vecinal?, ¿en qué creen que pueden contribuir en este momento para que esto sea así?*

h) *Preguntas reflexivas*: A través de este tipo de preguntas se intenta hacer reflexionar a los participantes sobre que está ocurriendo para ofrecer otro punto de vista hacia la búsqueda de nuevas posibilidades. Anima a que expresen sus experiencias, a que conozca mejor sus emociones y dar información al mediador sobre las mismas.

Ante una expresión como «no estoy dispuesto a continuar en esta línea» podríamos formular diferentes tipos de preguntas reflexivas: *¿Quizás está pensando en otras alternativas?, ¿tal vez sus energías para seguir adelante en este momento están fallando?, ¿quizás no se le ocurre nada al respecto?*

i) *Preguntas para identificar intereses, orientadas al futuro*: preguntas dirigidas a orientar el rumbo de la conversación hacia el futuro, hacia las posibilidades, hacia el cambio. Este tipo de preguntas ayudan a las partes a mirar hacia un futuro que aún no está diseñado y a pensar en cómo colaborar para construirlo, identificando los intereses y las necesidades de ambas. Posibilitan que las partes hablen de lo que quieren, de lo que les gustaría, y dejen de hablar de lo que no quién o de lo que está mal.

Por ejemplo: *¿Cómo les gustaría que estuvieran las cosas dentro de unos meses o unos años?, ¿cómo les gustaría estar viviendo?, ¿qué significaría tener esto resuelto para ustedes?, ¿qué pueden hacer para que esto sea así?, ¿cómo les gustaría recordar este trabajo de mediación?, ¿qué les gustaría conseguir?, ¿qué significaría para usted conseguir lo que está pidiendo?, ¿para qué?, ¿de qué modo?, ¿qué alternativas ven ustedes?, ¿cuáles son sus deseos?*

j) *Preguntas a evitar*: la persona mediadora deberá evitar realizar preguntas que encierren posiciones rígidas. No realizará preguntas que cuestionen a las personas juzgándolas o buscando una causa. Ante una afirmación «en la empresa el jefe me critica a mis espaldas», sería inadecuado preguntar *¿por qué? o ¿le critica usted a sus espaldas?*

3. Estrategias

Son procedimientos que se aplican de modo controlado, dentro de un plan diseñado para conseguir una meta fijada.:

1ª. *Mantener la calma.* Como diría Thomas Jefferson (11) «nada da a una persona tanta ventaja sobre otra que permanecer siempre sereno en todas las circunstancias». Lo que genera el conflicto es su escalada, es cuando nos centramos más en nuestro disgusto e ira que en escuchar lo que dice el otro. Cuando tengamos un conflicto pregúntate ¿qué es lo que realmente esa persona necesita de ti?, quizás sus palabras no sean las más adecuadas, sin embargo, detrás de ellas se esconde una necesidad, necesidad de reconocimiento, atención, amor, valores en contradicción, etc.

2ª. *La escucha empática*. Es una escucha activa y atenta en el otro, no una escucha para generar un argumento en contra de la otra persona. En la escucha empática se intenta comprender las necesidades del otro. Generalmente cuando hay un conflicto, tenemos la tendencia a dejar de escuchar, de ahí que sea imprescindible que aprendamos a escuchar con atención.

3ª. *Preguntas con intención*. Para gestionar un conflicto de manera saludable, será necesario hacer preguntas constructivas, es decir, preguntas orientadas a descubrir cuáles son las necesidades de la otra persona y cómo se puede solucionar esa situación. Hay dos preguntas estratégicas que el mediador puede hacer: *¿desde su punto de vista qué es lo que ocurre? ¿cuál parece ser el mayor obstáculo para llegar a un acuerdo?*, estas dos preguntas pueden ayudar al mediador a tender puentes de diálogo.

4ª. *Comunicación constructiva*. Las empresas de hoy demandan personas que hablen y expresen sus pensamientos, opiniones e ideas de una manera directa, clara y con respeto. Una comunicación constructiva se basa en esos principios fundamentales. Este tipo de comunicación toma en cuenta las palabras dichas oralmente, por escrito y el lenguaje corporal, ya que en la misma debe existir coherencia.

5ª. *Hacer hincapié en lo positivo*. Es preciso que busquemos puntos positivos o que busquemos crearlos, para lograr un ambiente empático. Sería interesante utilizar expresiones que logren acercamientos, tales como: *«le entiendo, yo he pasado por algo similar»*, *«me imagino como se siente»*, *«lo lamento mucho tiene que ser complejo estar en esta situación»*, este tipo de diálogo

sincero con el otro genera proximidad, y acercamiento.

6ª. *Proponer soluciones creativas*/Brainstorming. Este es uno de los puntos más importantes para resolver conflictos y consiste en centrarnos en buscar soluciones. Para ello, hay que motivar una «lluvia de ideas» y propuestas explorando diversas posibilidades para llegar a acuerdos. Por ejemplo, que pensaría si le digo que una trabajadora «A» se ha enfadado con otra trabajadora «B» porque no llegó a tiempo a su turno de trabajo y «A» perdió el autobús de ida a su casa. Ante este enfado ¿qué hacer? Un no volverá a ocurrir es probable que no solucione el conflicto y, si le proponemos *¿llevarla a su casa?* o *¿pagarle un taxi?* Pregunta a tu compañera *¿cómo puedes solventar este incidente?* y ¡ponte manos a la obra!

7ª. *Enfocarse en el futuro y no en el pasado*. Para que el conflicto avance hacia el futuro y se puedan crear soluciones, es recomendable no centrarnos en lo que salió mal o no parar de preguntarnos como debería de haber ocurrido la situación. La cuestión es mirar hacia delante, buscar soluciones y ver la manera de cómo mejorar para que no vuelva ocurrir lo anterior. En algunos casos, se trata de definir con mayor precisión las funciones de cada persona, los plazos de entrega o los turnos de trabajo.

IV. SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO DE PODER: TÉCNICAS PARA PROMOVER EL EQUILIBRIO ENTRE LAS PARTES

Para que las partes puedan tomar acuerdos justos y que les resulten satisfactorios, el mediador deberá conseguir que exista un equilibrio de poder entre las mismas. La realidad práctica es que son muchas las ocasiones en las que las partes no se encuentran bajo el equilibrio necesario para avanzar en el proceso, existiendo una serie de técnicas que el mediador puede utilizar para manejar este tipo de situaciones:

i) Asignar tareas de recogida de información.

Cuando Clara y Javier comienzan a hablar de las cuestiones económicas en la tercera sesión de mediación, el mediador detecta la dificultad que Clara tiene para ofrecer cualquier dato de tipo económico. Ante este desconocimiento, Javier añade: «*siempre he sido yo el que me he encargado de todo en casa. Ella no tiene ni idea. Además, yo estoy acostumbrado a hacer todo tipo de presupuestos en mi trabajo, y en casa ella siempre quería que me encargase yo, así que yo puedo preparar para el próximo día una relación de todos los gastos de la casa y de Nicolás*». El mediador agradece la colaboración de Javier, y valora su facilidad para hacer estas operaciones . El mediador propone a continuación a ambos como tarea para la próxima sesión que cada uno por separado recoja toda la información sobre esos gastos de los que han hablado, para volver a tratarlos en la sesión siguiente.

ii) Desviar el efecto de un referente.

En ocasiones, durante la negociación se utiliza la influencia de referentes para conseguir poder. Se puede desviar este efecto pidiendo hablar desde el «yo».

«Cuando Javier y Clara están hablando sobre cómo iban las cosas en el equipo de investigación

antes de que llegara el nuevo jefe, Javier le dice a Clara que lo lógico es que el siga llevando en el proyecto la parte económica ya que el está especialmente formado en este ámbito y ella, aunque también, ha venido realizando otras labores más de administración y coordinación de equipo. Javier se dirige al mediador y le dice: ¿no cree usted que es mejor que yo gestione la parte económica del proyecto?, ¿no cree usted que es más lógico que yo que era el designado por nuestro antiguo jefe, lleve a cabo estas funciones? El mediador se dirige a los dos, y les dice "sois vosotros los que conocéis el proyecto y vuestras capacidades", ¿qué pensáis vosotros que es más favorable para obtener los mejores resultados?»

iii) Aprovechar la experiencia para procesar conjuntamente un tema.

Cuando una parte alude a su superior conocimiento o habilidad para decidir sobre un tema debido a su experiencia o incluso a legitimidades asentadas en conceptos tradicionales o derechos asignados a un determinado rol («soy la persona adecuada y con más formación en este ámbito»), es posible reconocerlo como un valor importante para tener en cuenta en el abordaje conjunto.

«A pesar de que Clara ha intentado recoger los gastos del proyecto anuales para traerlos a la reunión, así como los gastos mensuales, llega a la sesión bastante perdida. Javier insiste en que tomemos como referencia para trabajar él y la nota que ha traído de los gastos. El mediador se dirige a Javier y le dice que agradece su colaboración y le pide que facilite a Clara algunos datos a los que ésta no ha podido acceder para realizar el trabajo que el mediador les había pedido. Con esos datos, Clara confía en poder traer todo preparado la próxima semana».

iv) Provocar el conflicto de manera controlada en la sesión.

Cuando una parte acepta una posición por disconformidad con el poder establecido, por miedo a la otra parte o por evitar un conflicto.

«Marta y Jaime han acudido a tres sesiones. Cuando comienza la cuarta sesión Jaime le plantea a Marta no trabajar ningún turno en fin de semana porque lleva más tiempo en la empresa y tiene familia e hijos y quiere disfrutar con ellos los fines de semana. Marta le dice que no, que ella también tiene hijos y que entre semana a penas los ve. Jaime continúa: "bueno, pues entonces yo no voy a apoyar tus propuestas en cuanto a las condiciones laborales en la próxima reunión". El mediador vuelve al tema anterior y le pregunta a Marta sobre la posibilidad de organizarse para que ella trabaje los fines de semana y pueda disfrutar de sus hijos entre semana a la salida del colegio».

v) Neutralizar amenazas

Pablo apunta: *«¡no cambias tus planes más que cuando a ti te conviene! Pues si no puedo estar más tiempo con mis hijos no vas a ver ni un euro más. El mediador plantea a Pablo con cierto tono de humor si en caso de permitírselo, él contribuiría con una cantidad mayor. Obviamente, la amenaza no podía producir una salida pactada del desacuerdo, por lo que, una vez desactivada, pudieron hablar de cómo se sentía cada uno cuando permanecía tanto tiempo sin ver a los niños*».

vi) Identificación estratégica con la persona atacada

Continúan Marta y Pablo levantándose la voz. Pablo le dice: «*¡no es posible hablar contigo! Marta le responde: ¡no es que no se pueda hablar conmigo, es que ahora pretendes hacer de padre responsable, cuando antes no veías a tus hijos ni les dedicabas ni un momento viviendo en su misma casa!*» El mediador pide a Pablo que le explique cómo se siente, ya que se le ve muy alterado. Él explica que está desesperado, porque se siente culpable de no atender a sus hijos, y que ella no le permite que las cosas cambien. El mediador les recordó que estaban intentando construir un futuro y no juzgando el pasado y que, si estaban allí era porque ambos se reconocían plena legitimidad como padres. Cualquier duda en este aspecto haría que no tuviese sentido el diálogo. No obstante, era comprensible que, en algunos momentos, y debido a la tensión provocada por la disputa, alguno de ellos dijese cosas como la que Marta acababa de decir, que provocaban reacciones negativas en el otro lo que inevitablemente bloqueaba el diálogo. Por ello y por el bien del proceso, el mediador los pedía permiso para interrumpir cada vez que pensase que esto iba a ocurrir.

vii) El poder del mediador

Los conocimientos profesionales del mediador, su experiencia y el conocimiento del funcionamiento del proceso dan un poder al mediador que éste debe saber manejar y poner al servicio de los fines de la mediación, y no de sí mismo.

En algunos casos, el mediador puede verse influenciado por su propia historia personal, por sus valores personales o familiares. El mediador debe conocer estas influencias para que no afecten a la mediación, pues en caso contrario la intervención del mediador en determinadas situaciones puede contribuir al desequilibrio entre las partes.

> La situación de bloqueo en la mediación es aquella en la que las partes se cierran en argumentos que conciernen a méritos de sus respectivas posiciones, y tienden a entrar en regateos en los que ninguno está dispuesto a ceder produciendo un punto muerto del que parecen no poder salir

Con frecuencia, las partes piden al mediador su consejo, su parecer o su opinión sobre las cuestiones que traen a la mediación, y el mediador puede sentir el deseo de manifestarlo; sin embargo, el mediador sabe que no ha de emitir sus propios juicios u opiniones cuando se le pregunte. No es eso lo importante. Lo único importante es lo que las partes piensan, quieren y deciden. El que el mediador en algún momento manifestase su opinión o emitiese un juicio sobre lo que hace o dice cualquiera de las partes, inclinaría la balanza del poder entre las mismas en favor de una de ellas y en perjuicio de la otra. Tanto la valoración del poder de las partes, como las tácticas o estrategias que utiliza el mediador para equilibrarlo, deben tomar en consideración que ese poder no es algo

estático sino fluctuante a lo largo de todo el proceso de mediación. Las relaciones de poder con frecuencia se van cambiando a lo largo del proceso de ruptura, y también a lo largo del proceso de mediación.

V. EL BLOQUEO EN LA NEGOCIACIÓN. ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS DE DESBLOQUEO

Concepto de bloqueo: La situación de bloqueo en la mediación es aquella en la que las partes se cierran en argumentos que conciernen a méritos de sus respectivas posiciones, y tienden a entrar en regateos en los que ninguno está dispuesto a ceder produciendo un punto muerto del que parecen no poder salir.

Cuando un mediador se encuentra con esta situación durante el proceso de mediación, deberá utilizar las técnicas y estrategias que conoce y maneja para que las partes sean capaces (con la colaboración del mediador), de identificar el obstáculo u obstáculos que les impiden avanzar y puedan superarlos para seguir adelante con el proceso.

Las ocasiones en las que parece que las partes han llegado a una situación a la que no parecen encontrar salida, pueden producirse tanto al principio del proceso como en otras fases del mismo, incluso cuando las partes ya han sido capaces de tomar pequeños acuerdos. Hay personas que, a pesar de haber acudido a un proceso de mediación, parece que han decidido continuar en el conflicto en vez de tratar de llegar a acuerdos.

Recogemos, a continuación, algunas *estrategias* que el mediador puede utilizar para manejar situaciones de bloqueo:

a) Reconocer los sentimientos de ambos participantes (la frustración, la cólera, la desilusión, etc.) de una manera equilibrada; reconocer las dificultades y los esfuerzos que están haciendo.

b) Resumir y reformular la posición de cada parte con frecuencia, para que los dos se sientan escuchados y entendidos.

c) Anticipar y adelantarse, o dejar de lado un tema durante un tiempo.

d) Si tienen hijos, centrarse en sus necesidades y en las preocupaciones parentales. Distinguir las responsabilidades para con los hijos, del conflicto relacionado con el final de la relación de pareja. Puede ser útil hacer esta distinción y comentar lo difícil que es separar los diferentes papeles y sentimientos como pareja y como padres, que con frecuencia se entremezclan.

e) Lluvia de ideas o *Brainstorming*. El mediador puede y debe lanzar opciones, aunque éstas no deben ser la solución sino meras sugerencias.

f) Usar el humor con delicadeza y cuando resulte apropiado. Por ejemplo: *¿cuánta importancia tiene este problema? Podemos optar por tirarnos de los pelos o saltar por la ventana si queréis, aunque creo que la mejor opción es sentarnos y tratar de avanzar comunicándonos para lograr llegar a un acuerdo*.

g) De vez en cuando, contar una anécdota corta puede ser eficaz, si se escoge bien, y no encubre una crítica.

h) Si hay tiempo, sugerir un descanso. Por ejemplo, el mediador puede sugerir, «¿una taza de café?».

i) Relajarse físicamente y cambiar de posición puede servir de ayuda.

j) Preguntar cuáles son los miedos subyacentes: *¿qué es lo peor que podría pasar?* Si ambos reconocen sus miedos y los exteriorizan, quizás descubran que tienen algunos de ellos en común y, a veces, es posible que se tranquilicen recíprocamente y empaticen, una vez entienden cuáles son los temores del otro.

k) Si el mediador se siente exasperado o nervioso con una de las partes, esto puede ser una señal de su tendencia a aliarse con la otra. Examinar estas reacciones y discutirlas con un supervisor. Consultar la posibilidad de hacer intervenir a un comediador.

l) Analizar otros medios de solución, y también la opción de no hacer nada. En este caso el mediador podrá plantear, *¿queréis entonces que lo dejemos cómo está?*

m) Resumir las opciones que se han examinado. En ocasiones, las personas regresan a una alternativa que antes habían descartado, después de haber pensado un tiempo en ella.

Mediador: «*Entonces, si he entendido bien: Tú, Mónica, planteas la posibilidad de comprarle a Miguel su parte de la casa, para que disminuyan sus cargas económicas, también le planteas la posibilidad de que hasta que vuelva a tener trabajo reduzca la cantidad con la que contribuye a los gastos de vuestro hijo, … ¿es así?*»

Dada la imposibilidad de progresar en el proceso de mediación cuando nos encontramos ante una situación de bloqueo y, vistas las estrategias que el mediador puede aplicar para que el mismo no se vea abocado al fracaso, consideramos oportuno abordar una serie de *técnicas de desbloqueo que* ayudan notablemente en los momentos críticos del proceso en los que el estancamiento es una realidad y parece imposible avanzar.

Si nos trasladamos a la Ley de mediación 5/2012, de 6 de julio, más concretamente en su artículo 21, nos ofrece la posibilidad de realizar las sesiones de mediación de forma separada, siempre que estas sesiones individuales se comuniquen a todas las partes y se guarde el deber de confidencialidad. Es lo que se llama *sesión Caucus o sesión individual* que consiste en una técnica de desbloqueo que los mediadores usan en momentos concretos de un proceso de mediación y que consiste en una reunión privada y confidencial que no suele tener una larga duración y que se realiza con cada una de las partes de forma individual. Es una herramienta de la que dispone el mediador, y que puede ser utilizada en distintas fases del proceso y ante diversas situaciones, resultando especialmente eficaz en una situación de estancamiento de la mediación, en la que las partes parecen encontrarse sin salida. En estos casos, la sesión privada puede resultar un instrumento eficaz para producir cambios en el proceso.

La realidad es que existen mediadores que son fieles seguidores de la utilización del Caucus al considerar que lograrán antes su objetivo, mientras otros, no suelen utilizarla tan a menudo porque puede ocasionar que las partes consideren que se esta perdiendo la imparcialidad o incluso pueden llegar a producirse recelos entre los mediados. Por ello, sugerimos valorar su aplicación en cada caso.

Es conveniente que el mediador, cuando al inicio del proceso explica a las partes su funcionamiento, les hable de la existencia de estas sesiones privadas, y de la posibilidad de que en un determinado momento del proceso pueda acudir a ellas si lo considerase oportuno, para que las partes alcancen sus acuerdos. El que las partes hayan sido informadas al comienzo del proceso evitará, si se diera el caso, el desconcierto que podría generar en ellas la decisión inesperada del mediador de celebrar estas sesiones privadas en el transcurso del proceso.

Cuando el mediador invita a las partes a celebrar una sesión individual con cada una de ellas es conveniente, bien cuando aún están ambas presentes, o bien al inicio de la sesión privada con cada una de ellas, recordarles los principios que la rigen. Concretamente, les informará de la confidencialidad del mediador sobre el contenido de toda la sesión. Asimismo, la persona mediadora advertirá que en ningún caso hablará a la otra parte, ni cuando se reúna con ella en sesión privada ni tampoco en las sesiones conjuntas, sobre lo que se haya hablado en las sesiones privadas, a menos que una de ellas lo desee y le dé autorización expresa para ello.

En la sesión privada el mediador puede conseguir los siguientes objetivos:

1. Facilitar una comunicación más clara entre las partes cuando el mediador, en un momento concreto del proceso, considera que no se esté produciendo.

2. Transmitir información que no se considera adecuada comunicar en una sesión conjunta, porque podría afectar al equilibrio de poder existente entre las partes.

3. Pedir información que no ha sido facilitada en la sesión conjunta, y que el mediador considera necesaria.

4. Verificar o clarificar alguna circunstancia o hecho que se ha tratado en la sesión conjunta.

5. Confrontar posiciones o intereses manifestados por las partes en la sesión conjunta que pudieran parecer contradictorias. En ocasiones, una o ambas partes manifiestan en las sesiones determinado interés y, posteriormente, la posición que mantienen en el proceso parece entrar en contradicción con el mismo. El mediador, usando la prudencia, tratará en la sesión individual que la parte valore esta contradicción.

6. Replantear las cuestiones sobre las que las partes parecen no ser capaces de llegar a un acuerdo en un momento concreto del proceso.

7. Generar nuevas propuestas en una situación de bloqueo.

8. Prevenir la posible manipulación emocional de una parte sobre otra, en una situación de desequilibrio de poder entre ellas.

El Caucus, permitirá a las partes, pues:

- Tranquilizarse. La celebración de una sesión privada conlleva a que el mediador bien invite a una de las partes a abandonar la sala donde se está celebrando la sesión conjunta, o bien, que se traslade primero con una de las partes y luego con otra a alguna sala próxima. El mero hecho de cambiar de espacio, junto con la posibilidad de estar a solas con el mediador, sin que esté presente la otra parte durante unos minutos, va a contribuir a tranquilizar a las partes. Además, el desarrollo de la sesión privada con el mediador contribuirá también a esa tarea.

- Desahogarse sin la presencia de la otra parte, lo que permitirá a cada una de las partes sentirse más segura.

- Exteriorizar sus emociones con mayor libertad, lo que les permitirá que descienda el nivel emocional de cada una de las partes.

- Manifestar intereses o situaciones más íntimas que no desea o no es capaz de transmitir ante la otra parte.

Una segunda técnica de desbloqueo consiste en *fijar tareas y límites de tiempo para la siguiente sesión*. Cuando la situación de bloqueo puede estar motivada por la falta de compromiso real de una o de ambas partes con la mediación, puede ser adecuado sugerir que se pongan de acuerdo para recoger determinada información que pueda resultar útil para la siguiente sesión de mediación.

También puede resultar práctico elaborar pequeños acuerdos provisionales para un corto período de tiempo de modo que se pueda contrastar el grado de compromiso de las partes.

Finalmente, puede resultar útil en este mismo sentido, establecer límites de tiempo y ser muy rigurosos en el cumplimiento de la duración de las sesiones, especialmente en los casos en que el bloqueo de las partes puede estar producido por la pretensión de una de ellas de alargar el proceso para proteger determinados intereses personales, o simplemente con la intención de que con el transcurso del tiempo la otra parte cambie de idea sobre las cuestiones que ha planteado en el proceso de mediación.

En tercer lugar, el mediador puede aplicar como *técnica de desbloqueo invertir los roles.* Cuando una o ambas partes ponen de manifiesto la imposibilidad de ceder en determinada cuestión, o simplemente una de las partes reitera una y otra vez una petición a la otra y, ésta no está dispuesta a ceder, puede pedirse a los interesados que cada uno de ellos asuma el papel del otro y, se ponga en su lugar. En algunos casos, puede resultar útil el que incluso físicamente se invite a las partes a que se cambien de sitio en la sala y ocupen el lugar que está ocupando la otra parte. Desde esa nueva posición, se les invitará a ver la situación desde otra posición, con los ojos de la otra parte, animando a que realicen las propuestas que creen que la otra parte aceptaría.

En cuarto lugar, *reconocer las dificultades* puede ayudar al proceso que el mediador normalice las dificultades que están experimentando las partes para alcanzar un acuerdo, sobre alguna cuestión concreta.

Estas dificultades pueden tener distinto origen; el temor que experimenta una persona ante la propuesta que le está haciendo la otra; la inseguridad por el desconocimiento del asunto que están tratando, etc.

Normalizar la existencia de estas dificultades y permitir a las partes hablar de ellas, contribuye a desbloquear los obstáculos.

En quinto lugar, establecer pequeños acuerdos a corto plazo. Para una persona emocionalmente bloqueada resulta más fácil afrontar pequeños acuerdos durante un breve período de tiempo, en el mismo proceso de mediación, que acuerdos que tengan una gran proyección para el futuro. Estos pequeños acuerdos además de que son más asumibles para esta parte, le empujan a seguir adelante con el proceso de mediación, porque le hacen comprender que el acuerdo es posible. Se trata de «desfragmentar o descomponer» el problema.

Y finalmente, ayuda mucho a desbloquear una determinada situación el hecho de *reconocer los sentimientos de las partes*. El mediador tiene que ser consciente del sufrimiento de las partes que acuden a mediación. Este sentimiento es especialmente intenso en los conflictos familiares, y el mediador debe transmitir a cada una de las partes su comprensión, sin tomar partido ni emitir juicios. En ocasiones, cuando una de las personas asume el papel de «víctima» culpando a la otra como único/a «culpable» de la situación en que se encuentran, el mediador deberá poner especial cuidado en que el reconocimiento del dolor de una de ellas no excluya en ningún caso el de la otra. Es conveniente en muchos casos incluir a los dos en el reconocimiento de sus sentimientos.

> El mediador se tiene que valer de las habilidades, técnicas o estrategias que estén al alcance de su mano ya que, si bien es cierto que «una caja de herramientas» no hace al profesional, un profesional, sin «caja de herramientas», es poco profesional

También será oportuno en ocasiones que, cuando una de las partes parece que «monopoliza» ese sentimiento de dolor o de aflicción, se reconozca el de la otra parte y, en ocasiones, el mediador le invite a verbalizar su sufrimiento que, puede estar encubierto por otro sentimiento como la cólera o la rabia. Esto permitirá que una de las partes también reconozca en la otra unos sentimientos que quizá ni imaginaba y logre empatizar con ella. Este reconocimiento de los sentimientos de ambas partes, a veces, incluso ambivalentes, puede contribuir a que el proceso de mediación pueda seguir adelante.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En el proceso de mediación es fundamental entender que la construcción de un resultado o una solución es responsabilidad de las partes. Es necesario que éstas se responsabilicen de lo que dicen, hacen, sienten, piensan y que lo asuman. La responsabilidad de la persona mediadora, sin embargo, es la de conducir el proceso adecuadamente.

Observamos cómo, en muchas ocasiones, se están dando respuestas jurídicas a temas personales y eso no crea satisfacción. En mediación, los acuerdos que las partes construyan deben ser libremente adoptados (voluntarios), conscientes, reflexionados e informados. Para ello, el proceso de mediación sigue las directrices de un mediador quien utilizando una serie de técnicas y habilidades conduce a las partes para que sean ellas mismas las que voluntariamente, logren el acuerdo.

Normalmente, las personas que acuden a mediación no se encuentran en un estado emocional adecuado para tomar decisiones o para negociar, ya que la versión del conflicto sobre la que desarrollan su discurso queda sesgada por la carga emocional negativa (tristeza, rencor, ansiedad, preocupación, ira, etc.), dificultando que puedan tener una visión objetiva de la realidad.

El mediador no es un terapeuta, pero tiene que ser consciente y sensible a esta circunstancia. Debe ser capaz de detectar los distintos estados emocionales y aplicar las técnicas necesarias para reducir la carga negativa hasta niveles que permitan trabajar con garantías de objetividad y racionalidad en la toma de decisiones. Para ello, tiene que recomponer esta visión subjetiva y parcial de cada una de las partes, alcanzando una común, más ecuánime e integral, que permita reconstruir la historia de manera objetiva con respecto a los diversos aspectos que intervienen: momento en que se gestó el conflicto, el contexto en el que se ha producido, causa/s, interacción entre las partes, valores en juego, intereses, etc. Y, para lograrlo, el mediador se tiene que valer de las habilidades, técnicas o estrategias que estén al alcance de su mano ya que, si bien es cierto que «una caja de herramientas» no hace al profesional, un profesional, sin «caja de herramientas», es poco profesional (12) .

Las técnicas utilizadas en mediación para tal fin no suelen ser herramientas rápidas ni contundentes que solucionen el conflicto de manera inmediata. Ni siquiera son siempre válidas, ni se aplican de igual manera, ni producen los mismos resultados en cada persona o en cada momento.

Sin embargo, si conseguimos manejarlas adecuadamente, consiguen efectos profundos y duraderos en las partes. Cada técnica por sí sola no logrará unos efectos decisivos, sin embargo, la aplicación sistematizada de las mismas irá calando en las partes y consiguiendo su objetivo. El éxito, depende de la habilidad del mediador para saber cuándo y cómo aplicarlas obteniendo el resultado deseado. Y esto se consigue con la práctica. De ahí que la gran mayoría de los mediadores defendamos la idea de que «a mediar se aprende mediando».

Son herramientas sencillas y de corta duración. Se trata, en realidad, de breves intervenciones que el mediador va realizando a lo largo del diálogo con las partes ya que, recordemos, esta es la herramienta principal con la que el mediador cuenta: la comunicación y la habilidad en el uso del lenguaje. Ahora bien, cuanta más inteligencia emocional (13) tengan las partes, más fácil será para

éstas hacer frente a las situaciones de conflicto y lograr alcanzar el tan anhelado acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.ªC., *La mediación como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

DE LAS ALAS-PUMARIÑO MIRANDA, E., *El arte de negociar. El negociador a tiempo completo*, ELDU y AIIM, 2015.

FORES A., y GRANÉ, J., *La resiliencia. Crecer desde la adversidad*, Plataforma Editorial, 2007.

GOLEMAN, D., *Inteligencia emocional*, Kairós, 1995.

GUSÍ ALCALDE, B., Las 7 cualidades de la figura del mediador, Instituto de Formación de Intervención social, en https://www.ifiseducacion.com/blog/las-siete-cualidades-de-la-figura-del-mediador.

MADRID LIRAS, S., «Recesión de libro Mediación: habilidades y estrategias. Una guía práctica», *Revista de Mediación*, vol. 8, nº1, 2015.

SAEZ RODRÍGUEZ, C., *La Mediación Familiar. La Mediación Pena y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra , 2008.

SERRANO, G., RODRÍGUEZ, D., MIRÓN, L., Características de los mediadores y éxito de la mediación, en https://www.infocop.es/view_article.asp?id=1432.

TRIGO SIERRA, E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., «La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 32, 2012.

OJEDA AVILES, A., *Mediación y arbitraje en conflictos laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

WHATLING, T., *Mediación: habilidades y estrategias. Guía Práctica*, Narcea, 2013.

(1) E. Trigo Sierra y A.J. Moya Fernández, «La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 32, 2012, p. 103.

Ver Texto

(2) *Vid.*. C. Sáez Rodríguez, *La Mediación Familiar. La Mediación Pena y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 36 y A.

Ojeda Avilés, *Mediación y arbitraje en conflictos laborales* , Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 191 y 192.

Ver Texto

(3) *Vid.*. en Italia, el Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 que hace referencia expresa a la formación de mediadores; Bélgica, en la Ley de 21 de febrero de 2005, apunta que la Comisión Federal es la competente para determinar las condiciones y procedimientos para la aprobación de los organismos de formación y los programas formativos para acreditar a los mediadores; y, Austria, en su art. 29.1º de la Ley de mediación austriaca, se refiere a los contenidos de la formación.

Ver Texto

(4) *Véanse,* entre otros, B. Gusí Alcalde , Las 7 cualidades de la figura del mediador, Instituto de Formación de Intervención social, en https://www.ifiseducacion.com/blog/las-siete-cualidades-de-la-figura-del-mediador, visto a fecha 9 de marzo de 2022; G. Serrano, D. Rodríguez y L. Mirón, «Características de los mediadores y éxito de la mediación», en https://www.infocop.es/view_article.asp?id=1432, visto a fecha 9 de marzo de 2022.

Ver Texto

(5) Sobre este particular, *vid.*. T. Whatling, *Mediación: habilidades y estrategias. Guía Práctica*, Narcea, 2013, pp. 1 ss; y, MªC. Cazorla González-Serrano, *La mediación como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 111 -128.

Ver Texto

(6) A. Fores y J. Grané, *La resiliencia. Crecer desde la adversidad*, Plataforma Editorial, 2007.

Ver Texto

(7) E. De las Alas-Pumariño Miranda, *El arte de negociar. El negociador a tiempo completo*, ELDU y AIIM, 2015.

Ver Texto

(8) El Evangelista San Lucas aconseja: ¡Negocia, haz posible un acuerdo con él, aun cuando vais camino del juez, no sea que el juez te entregue al guardia y este te meta en la cárcel!

Ver Texto

(9) R. Fisher y W. Ury, *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, Bruce Patton editor, 3ª ed., 2011.

Ver Texto

(10) Filósofo, general y estratega de la antigua China, del cual se desconoce si fue personaje real o no. Los

historiadores comúnmente lo sitúan en la China de entre el 722 y el 481 antes de Cristo, pero no existen pruebas irrefutables de su existencia.

Ver Texto

(11) Presidente de los Estados Unidos de América, ocupando el cargo entre 1801 y 1809.

Ver Texto

(12) En este sentido, S. Madrid Liras, «Recesión de libro Mediación: habilidades y estrategias. Una guía práctica», *Revista de Mediación*, vol . 8, nº1, 2015, p. 24.

Ver Texto

(13) D. Goleman (*Inteligencia emocional*, Kairós, 1.995) define la inteligencia emocional como «la capacidad de comprender las emociones y conducirlas, de tal manera que podamos utilizarlas para guiar nuestra conducta y nuestros procesos de pensamiento, para producir mejores resultados». Se trata de «armonizar cabeza y corazón».

Ver Texto

REGULACIÓN

Sobre la última reforma de la Ley de arbitraje italiana (1)

The last reform of the Italian Arbitration Act

Mediante la Ley de 26 de noviembre de 2021 n.º 206, que entrará en vigor el 30 de junio de 2023 y se aplicará a los procedimientos iniciados después de esa fecha, el Parlamento ha establecido los principios para una sustancial reforma de la «Ley de Arbitraje» y ha facultado al Gobierno para aplicar sus orientaciones dictando disposiciones que tienen el mismo peso legal que las promulgadas por el Parlamento. Semejante iniciativa ha sido implementada por el Decreto Legislativo (Orden Ejecutiva) 10 de octubre de 2022 n.º 149.

Arbitraje, Regulación estatal, Italia, Procedimiento arbitral, Laudo arbitral.

Parliament has then by Act dated 26 November 2021 no. 206, which will enter into force on 30 June 2023 and will apply to proceedings instituted after that date, set out the principles for a reform of the Arbitration Act and has empowered the Government to implement its directions by issuing provisions which have the same statutory weight as those enacted by Parliament. This have been implemented by Decreto Legislativo (Executive Order) 10 October 2022 no. 149.

Arbitration, Arbitration proceedings, Arbitral award, State regulation, Italy, Arbitral proceedings, Arbitration award.

Mauro Rubino-Sammartano

Presidente de la European Court of Arbitration. Árbitro internacional

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje italiana (si se puede calificar así a las disposiciones legales sobre el arbitraje de su

Reglamento de Procedimiento Civil) ya había sido objeto de revisión y modificaciones en 1983, y luego en 1994. En 2006 se realizó una revisión más profunda y se introdujeron más innovaciones, como la regulación, al margen del arbitraje (*arbitrato rituale*), del mandato conjunto para resolver una controversia contractual (*arbitrato irrituale*), el reconocimiento de que el arbitraje es —al mismo nivel que el procedimiento judicial— un procedimiento en virtud del cual se ejerce la competencia, las normas sobre los efectos del laudo, la responsabilidad de los árbitros, la ampliación de las recusaciones, y la exclusión —por medio de una cláusula de exclusión— de la anulación del procedimiento por errores de Derecho sustantivo.

Mediante la Ley de 26 de noviembre de 2021 n.º 206, que entrará en vigor el 30 de junio de 2023 y se aplicará a los procedimientos iniciados después de esa fecha, el Parlamento ha establecido los principios para una sustancial reforma de la «Ley de Arbitraje» y ha facultado al Gobierno para aplicar sus orientaciones dictando disposiciones que tienen el mismo peso legal que las promulgadas por el Parlamento. Semejante iniciativa ha sido implementada por el Decreto Legislativo (Orden Ejecutiva) 10 de octubre de 2022 n.º 149.

II. PRINCIPALES SECTORES AFECTADOS POR LA REFORMA

Una visión general de las principales áreas de la reforma de 2022 cubre:

1. La parte principal de esta reforma se refiere a las medidas cautelares y urgentes, que estaban reservadas a los tribunales estatales y que ahora pueden ser acordadas por los árbitros si las partes así lo acuerdan. Dicho en otros términos, en virtud de esta disposición los árbitros tienen competencias exclusivas sobre dichas medidas, aunque sus decisiones en esta materia pueden ser recurrida ante el Tribunal de Apelación, en el Distrito en el que se encuentra la sede del procedimiento arbitral.

2. Se dispone además que una solicitud de arbitraje produce los mismos efectos de una orden de comparecencia ante un tribunal estatal.

3. Otra reforma se refiere a la designación de los árbitros, disponiendo que cuando se realice por un tribunal estatal deberá respetarse la transparencia, la rotación de los nombramientos, la eficacia, y que tal designación se publicará en la página web de dicho tribunal. Los árbitros tienen ahora el deber expreso de manifestar cualquier circunstancia —incluidos los conflictos de intereses— que pueda dar lugar a la recusación de su nombramiento.

La parte principal de esta reforma se refiere a las medidas cautelares y urgentes, que estaban reservadas a los tribunales estatales y que ahora pueden ser acordadas por los árbitros si las partes así lo acuerdan

4. La eventualidad de la *translatio judicii* (transferencia automática de un caso de un tribunal estatal a otro) cuando el procedimiento judicial sobre esa controversia se haya decidido definitivamente con exclusión de la competencia de los tribunales estatales, debido a la existencia de un acuerdo de arbitraje). Igualmente, si un litigio ante un árbitro es objeto de una decisión final del árbitro excluyente de su competencia.

5. La posibilidad de que las partes queden expresamente autorizadas a acordar que sus controversias sean decididas bajo una ley sustantiva no italiana. Esta disposición facilita definitivamente los arbitrajes transnacionales.

6. Se ha agilizado la ejecución del laudo no italiano al disponer que la orden de ejecución del Tribunal de Apelación resulta a partir de ahora inmediatamente ejecutable.

7. La reforma también abordada algunas cuestiones controvertidas en relación con las sociedades comerciales, modificando en parte las anteriores disposiciones legales especiales relativas a las controversias estatutarias. Se puede establecer en los estatutos sociales —salvo en el caso de las sociedades anónimas— que los litigios entre sus socios (*stakeholders*) o entre un *stakeholder* y la sociedad, relativos a los derechos relacionados con las «relaciones societarias» se sometan a arbitraje.

El árbitro no debe tener vinculación alguna con la empresa y esta disposición vincula tanto a la empresa y como a sus socios. Ahora bien, para que dicha disposición sea modificada, se requerirá una mayoría de dos tercios del capital. Incluso los litigios en los que estén implicados los administradores, los liquidadores y/o los auditores de cuentas de dicha sociedad pueden incluirse en dicha cláusula de arbitraje.

La solicitud de arbitraje se presentará en el Registro Mercantil.

Los terceros y otros interesados pueden sumarse a dicho procedimiento arbitral.

Si la controversia afecta a la validez de una resolución de los *stakeholders*, el árbitro podrá suspender la eficacia de dicha resolución.

Aunque el convenio arbitral establezca que la controversia puede resolverse *ex bono et aequo* (este es el término utilizado en las *Institutiones* del emperador Justiniano en lugar del habitual *ex aequo et bono*) o disponga que el laudo no puede ser impugnado, el árbitro deberá aplicar el derecho sustantivo y siendo posible la impugnación del laudo.

8. Los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada o de las *società di persone* (término más amplio que el de las sociedades colectivas) pueden prever que se designe a uno o varios terceros para que decidan los desacuerdos en cuanto a la gestión de dicha sociedad entre quienes la administran y que la decisión de dichos terceros pueda ser también vinculante —si así lo acuerdan las partes— en cuanto a las cuestiones relacionadas con las que se les han sometido.

Dicha decisión puede ser impugnada ante un tribunal y anulada también por motivos de *mala fides*

(abuso deliberado del proceso).

III. MÁS ALLÁ DE LA REFORMA

Al margen de las líneas de reforma apuntadas merecen ser considerados otros aspectos del arbitraje italiano.

1. Consideración del *arbitato irrituale*

Se trata de un método de resolución de controversias diferente del »arbitraje» propiamente dicho, que es un procedimiento por el que un «juez» privado está facultado para decidir un conflicto, como si fuera un tribunal estatal. Por medio de esta otra modalidad arbitral las partes, estando facultadas para negociar una solución contractual del litigio, pueden facultar a uno o varios terceros para que resuelvan el acuerdo contractual entre dichas partes. El resultado de dicho procedimiento no es, por lo tanto, una «sentencia», pues la decisión posee únicamente carácter contractual.

Esta es la opinión mayoritaria sobre esta cuestión, que considera que estos terceros resuelven a partir de un mandato que les permite entrar en una resolución contractual de la controversia, pero los comentaristas no se ponen de acuerdo sobre el objeto del *arbitrato irrituale*. En mi opinión dicho mandato no permite autorizar a estos terceros conceder a una de las partes la totalidad de su demanda pues esto no es lo que pretenden las partes, a menos que lo dispongan expresamente. Por consiguiente, en ausencia de tal autorización, el mandato consiste en resolver el litigio con un espíritu transaccional —según el Derecho sustantivo italiano— que debe implicar un *aliquid datum* y un *aliquid retentum*.

Pues bien, la presente reforma ha abordado por primera vez una reglamentación del *arbitato irrituale*, introduciendo una disposición al respecto en el marco de las Reglas de Procedimiento Civil que se ocupan del arbitraje.

Sin embargo, parece preferible regular el *arbitrato irrituale* mediante disposiciones separadas de las relativas al arbitraje, puesto que esta solución ha reavivado la tradicional polémica entre los comentaristas italianos acerca de su carácter diferencial del arbitraje propiamente dicho, creándose con ello una confusión innecesaria.

Además, la nueva disposición sobre el *arbitato irrituale* se ha ocupado únicamente de los motivos para impugnar la decisión de dichos árbitros por motivos de procedimiento.

Parece evidente, dado la naturaleza del acuerdo que se establece expresamente en esa nueva disposición —efectuado por dichos terceros bajo el mandato de las partes—, que posee una naturaleza contractual, por lo cual deberían estar expresamente previstas también aquellas recusaciones por motivos de fondo, que están abiertas frente a cualquier contrato.

Y a ello hay que añadir que el convenio arbitral ya no tiene el carácter de una «cláusula onerosa», que requería para su validez una aceptación específica.

2. Obtención de pruebas

La ley italiana de arbitraje contiene escasas disposiciones generales sobre la obtención de pruebas lo cual inclina a los árbitros italianos a inspirarse en las normas sobre la prueba establecidas para los procedimientos judiciales. Esta tendencia parece desafortunada, ya que en los procedimientos judiciales las partes no sólo no tienen derecho a interrogar al testigo (por estar esta cuestión reservada al juez), sino que tienen que presentar una lista precisa de las preguntas, que ha de ser autorizada por el juez en una fase procesal en la que a menudo no tiene todavía un conocimiento completo del expediente. Por lo general, no se aceptan demasiadas preguntas ni demasiados testigos, lo que obliga al abogado a concentrar varios hechos en una sola pregunta. Esa pregunta, caso de ser admitida, se lee alguna vez al testigo, que se ve obligado a tratar al mismo tiempo varios hechos. Además, los jueces tienden a reducir la lista de los testigos, pese a que en ese momento, como se ha indicado, no suelen tener un conocimiento completo del expediente.

Ciertamente, el árbitro no está obligado a atenerse a dichas reglas, pero se observa con frecuencia una clara tendencia a mantenerse en la misma línea que los jueces, a diferencia de los árbitros italianos que intervienen en litigios transnacionales tienden, afortunadamente, a seguir la práctica del *common law,* mucho más aceptable, en lo que respecta a la obtención de pruebas. Esta situación, en mi opinión, también tiene que ser totalmente revisada porque cuando alguien decide entrar en el juego (en nuestro caso someter una disputa a arbitraje) tiene derecho a conocer las reglas del mismo antes de decidir si paga o no.

Existe el mismo problema en cuanto a la revelación de documentos. Aquí también un árbitro italiano tendría dificultades para no atenerse a las reglas de los procedimientos judiciales en los que una orden de *discovery* se concede únicamente en el caso de que el solicitante pruebe que el documento existe y está en posesión de una parte determinada e incluso se está muy cerca de pretender que se presente incluso junto con la solicitud una fotocopia de dicho documento. El resultado de esto es que las solicitudes de tales órdenes son extremadamente raras.

Afortunadamente, en los arbitrajes transnacionales la actitud de los árbitros italianos es definitivamente más abierta,

3. Opiniones disidentes

Las opiniones disidentes, merecen ser reconocidas expresamente.

4. Motivos de anulación

Al igual que en muchas otras jurisdicciones, los laudos pueden ser anulados básicamente sólo por motivos de procedimiento. Las impugnaciones por un error de Derecho sustantivo, que estaban permitidas, fueron excluidas en 2006 a menos que las partes lo prevean expresamente, lo cual es algo que aunque lo quisieran, no acostumbran a considerar y menos a preestablecer.

5. Revisión del fondo del asunto

El corolario de todo esto es que el fondo del laudo no está sujeto a revisión, lo cual coincide

perfectamente con el deseo de los círculos arbitrales de proteger el laudo como un «tabú». En consecuencia, existe un consenso casi generalizado de que el arbitraje debe ser «de instancia única». Sin embargo aunque esto sea beneficioso para la parte vencedora, no lo es para la perdedora y, en consecuencia, no es aceptable. En mi opinión, una revisión completa del laudo permitiría examinar las decisiones erróneas o discutibles, como acontece en los procedimientos judiciales. De hecho, el arbitraje tiene su *raison d'être* en la prestación de un servicio de mayor calidad que el de los procedimientos judiciales y si, a diferencia de estos últimos, se carece de un recurso completo contra el laudo originario parece discutible que el arbitraje sea un método de resolución mejor que el practicado por los tribunales estatales.

6. La cláusula arbitral no es abusiva

Otra cuestión que debería ser revisada es la actual disposición de que los acuerdos de arbitraje sean considerados como una *clausola vessatoria*, es decir, una cláusula que limita el derecho de una parte a defenderse.

Este tipo de acuerdos de arbitraje suele incorporarse a una de las cláusulas de un contrato y en los contratos importantes constituye una de las cláusulas de condiciones estándar a las que se hace referencia en dicho contrato. Si es así, esa cláusula sólo es válida si fue conocida por esa parte al celebrar ese contrato, o debería haberla conocido empleando la diligencia adecuada.

Existe una gran controversia entre la opinión de que es suficiente con una referencia a esas condiciones estándar (*relatio imperfecta*) y la que mantiene la necesidad de mencionar específicamente esa cláusula (*relatio perfecta*), lo que no ocurre con frecuencia. Y otro aspecto de esta cuestión es que este requisito se refiere a las condiciones estándar que se utilizan en muchos contratos.

En todo caso, el *favor arbitratus* que la ley italiana tiene para el arbitraje debería inducir, al igual que acontece con otros sistemas estales, a excluir los acuerdos de arbitraje de la lista de cláusulas gravosas.

Todas estas cuestiones, en mi opinión, deben ser consideradas en la próxima oportunidad de una revisión.

.....

(1) Traducción de J.C.F.R.

Ver Texto

La Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo y el sistema alternativo de resolución de conflictos ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea: ¿seguridad jurídica y especialización?

Order TMA/201/2022 of March 14 and the alternative dispute resolution system before the Aviation Safety State Agency: legal certainty and specialization?

Este estudio tiene por objeto el análisis y valoración crítica del nuevo sistema alternativo para la resolución de conflictos/litigios configurado por la Orden TMA/201/2022 ante la AESA en materia de transporte aéreo de personas pasajeras. En particular, el análisis se centrará, por un lado, en identificar los motivos que afloran detrás de lo que la normativa refleja, y por otro, en los potenciales problemas y distorsiones que la nueva norma puede ocasionar a operadores jurídicos y empresariales y personas viajeras en la ejecución diaria de esta transcendental actividad comercial. Todo ello con incidencia directa en una política común de transportes que proyecta en la actualidad más sombras que luces al viejo proyecto europeo de los Estados Unidos de Europa.

Transporte aéreo, Derecho Internacional, Política Común de Transportes de la Unión Europea, Sistema alternativo de resolución de conflictos, AESA.

The aim of this research is to analyze and evaluate the new alternative system for the resolution of conflicts/disputes configured by Order TMA/201/2022 before the AESA in the field of air transport of passengers. In particular, the analysis will focus, on the one hand, to identify the reasons behind what the regulation reflects, and on the other hand, the potential problems and distortions that the new regulation may cause to legal and business operators and passengers in the daily execution of this important commercial activity. All of this has a direct impact on a common transport policy that currently casts more shadows than light on the old European project of the United States of Europe.

Air transport, International Law, Common Transport Policy of the European Union, Alternative Dispute Resolution System, AESA, United States of Europe.

Unai **Belintxon Martin**

Profesor Titular acr. de Derecho internacional privado

Universidad Pública de Navarra

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La evolución y el desarrollo de la aeronáutica y del comercio de la aviación internacional han sido constantes y permiten hablar hoy día de un verdadero Derecho aeronáutico. Tal evolución requirió tempranamente de un esfuerzo unificador con la finalidad de reglamentar esta importante actividad comercial internacional.

Sin duda alguna el transporte aéreo internacional de viajeros constituye el medio de transporte más rápido para las largas distancias. No obstante, también debe subrayarse que es uno de los medios de transporte con mayor coste para el demandante del servicio de transporte.

En efecto, el Derecho del transporte es por antonomasia un sector revestido de un claro carácter de internacionalidad y con una nítida propensión en dirección a la homogeneidad normativa internacional acotada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada con el Tratado de Ámsterdam (1) , consolidada y reforzada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso (2) , que refleja inequívocamente una problemática específica en territorio europeo/comunitario debido a la coexistencia en el sector de bloques normativos notoriamente diferenciados (interno, europeo e internacional) (3) .

Dicha pluralidad de fuentes normativas coexistentes (4) debe permitir al legislador nacional y europeo explorar nuevas alternativas de elaboración normativa en un ejercicio de prospección jurídica futura que permita simplificar la compleja tarea que implica tratar de coordinar el esfuerzo codificador en este singular sector del Derecho del transporte (5) . Así, es necesario subrayar que el progresivo y constante aumento de los transportes y desplazamientos aéreos y el desarrollo de nuevas tecnologías de la aviación revelaron tempranamente un deseo intrínseco de las instituciones europeas por rescatar y asumir competencias abandonadas por una actitud de inacción legislativa excesivamente dilatada en el tiempo (6) .

La citada coexistencia de bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte aéreo en la UE pretende, mediante la uniformidad de tratamiento de una situación semejante en el ámbito de varios ordenamientos jurídicos divergentes (7) , favorecer un resultado jurídico final que esté suficientemente consolidado y garantice el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes de la relación contractual de transportar (8) .

Los términos de Derecho del transporte aéreo internacional, contratación internacional, retraso, compensación, libre prestación de servicios, activación del sistema de responsabilidad del porteador o transportista, daños, competencia judicial internacional, arbitraje y métodos o sistemas alternativos de resolución de conflictos confluyen en una reflexión de estas características que pretende proyectar una valoración crítica sobre la situación en la que actualmente se encuentra un sector y un mercado clave, el mercado del transporte internacional aéreo y la incidencia en él de las normas de la UE, para la consecución de un verdadero espacio europeo del transporte (9) efectivo y eficiente (10) , y la consolidación del hoy inmaduro (11) proyecto de los Estados Unidos de Europa (12) .

Las redes de transporte son el elemento esencial que garantizan la eficacia y la unidad de mercado en la Unión Europea. En efecto, el sector del transporte constituye en la UE sin duda el eje vertebrador del desarrollo económico de la Unión y permite materializar la cohesión social de la misma. Desde luego, un sistema óptimo de transporte permite vertebrar un país (o una sociedad de naciones) y su funcionamiento, potenciando la movilidad de las personas, de empresas y mercancías garantizando el desarrollo del modelo productivo, la ampliación de mercados y la consolidación de las estructuras territoriales (13) .

La política común de transportes, junto al propio sector del transporte, deben constituir sin atisbo de duda el elemento tractor del desarrollo económico y social garantizando la libertad de movilidad y la libre circulación de personas y mercancías en la sociedad de naciones que representa la Unión Europea (14) . La importancia económica del sistema europeo del transporte (15) se multiplica (16) en un contexto económico, comercial y social (que sale de una pandemia mundial sin precedentes) caracterizado por economías especializadas (17) , competitivas (18) e independientes que requieren de un sistema comercial internacional seguro *intra* y/o *extraeuropeo* (19) *que* se asiente sobre un óptimo y liberalizado sistema de transporte (20) .

La formulación del procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la UE en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso genera ciertas dudas

Es evidente que el desarrollo del Derecho del transporte está en la actualidad condicionado por el Derecho europeo y por unas instituciones que legislan de forma creciente sobre esta esencial actividad comercial (21) . No obstante, venimos denunciando de forma sistemática que la consolidación de una política de transportes común, eficiente y efectiva se está viendo condicionada por las muestras y actitudes de rechazo que presentan abiertamente diversos países de la propia Unión (22) .

La STJ 22 de mayo del año 1985 (23) dejó claramente identificado y delimitado que el estancamiento de una política común de transportes europea viene propiciado por los distintos, importantes y contrapuestos intereses estatales en conflicto (24) . Dicho esto, anticipamos ya que de lo normativizado en este nueva Orden TMA/201/2022 (25) podemos concluir que no hemos aprendido demasiado del criterio hermenéutico esgrimido por el referido posicionamiento jurisprudencial de nuestro máximo órgano jurisdiccional y una vez más la legisladora interna se resguarda en el Derecho europeo de la UE para des-especializar un sector que intrínsecamente es internacional y extremadamente especializado.

Adelanto ya que la formulación del procedimiento de resolución alternativa de litigios de los

usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la UE 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 proyectada sobre la Orden TMA/201/2022 genera ciertas dudas, y lo hace, entre otros motivos que resaltaremos, por su des-especialización.

Una des-especialización que por otra parte lleva aflorando en materia de transporte aéreo internacional de personas pasajeras demasiado tiempo al verse sometidas muchas de las controversias o conflictos nacidos de la materialización o ejecución de un servicio de transporte aéreo al Sistema Arbitral de Consumo, que es un sistema general para el sometimiento de controversias en materia de consumidores y usuarios no especializado en materia de transporte (26) . Y sin duda, la singularidad propia del Derecho del transporte internacional requiere de un sistema alternativo de resolución de litigios que responda a la especialización de nuestro siglo XXI.

Por otro lado, no se ha acabado de materializar el proceso de liberalización del sector del transporte aéreo en la UE y corremos el riesgo de retornar a un concepto de delimitación de las fronteras anquilosado en una concepción del siglo XIX que nada aporta al fortalecimiento de las bases de un proyecto común (27) , el europeo, que se activó hace ya más de 63 años con el Tratado de Roma de 1957 (28) .

En efecto, el objetivo que deben perseguir las instituciones europeas es fortalecer la política común de transportes de la Unión Europea (29) con normas que reduzcan las distorsiones ocasionadas por una lectura interpretativa restrictiva (30) , o contraria al carácter armonizador de las normas de la Unión Europea (31) , sin deslegitimar un proyecto común en el que convivan los 27 y sin que se cronifique la flaqueza de una UE a dos velocidades (32) .

II. ALGUNAS CONCRETAS REFLEXIONES SOBRE LA ORDEN TMA/201/2022 Y EL NUEVO SISTEMA

1. Consideración inicial

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 (33) , relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo requirió para la resolución alternativa de litigios en que resultasen de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, la acreditación y posterior notificación a la Comisión Europea de una única entidad que viniese a conocer de aquellos conflictos que afectasen a todos los pasajeros (aun no teniendo condición de consumidores) con independencia de que la compañía estuviese establecida en la Unión Europea o fuera de ella. Finalmente, tras un lustro, una guerra activa en el continente europeo, una pandemia y una nueva redacción de dicha disposición por la disposición final sexta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 (34) nace la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, que entró en vigor el 18 de marzo de 2022 y que no será de aplicación hasta que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea sea acreditada como entidad de

resolución de litigios en materia de derechos de los usuarios de transporte aéreo. Lógicamente, dicha acreditación de AESA viene supeditada a que ésta acomode su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la referida Ley 7/2017.

Una norma que prevé un régimen de mínimos condicionando el desarrollo y regulación de su procedimiento sustancial a la materialización de la Orden que ahora ha sido publicada. En efecto, la disposición adicional segunda de la norma referida parte de la idea de que el conocimiento de las controversias y conflictos surgidos de la interpretación y aplicación de las normas europeas vigentes en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo debe corresponder a una única entidad.

No obstante, dispuesto lo anterior, lo que si nos parece llamativo es que la configuración jurídico legal o normativa de este procedimiento de resolución alternativa de litigios se materialice mediante una Orden ministerial en detrimento de instrumentarse mediante Ley, sobre todo siendo conscientes de que dicha cuestión tiene una incidencia directa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Sobre el objeto, el ámbito de aplicación y las exclusiones

La Orden tiene por objeto regular el procedimiento de resolución alternativa de las controversias o litigios que planteen las personas pasajeras ante la AESA sobre la aplicación de los Reglamentos de la UE en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo. Es decir, los Reglamentos (CE) n º261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos y se deroga el Reglamento (CEE) n. º295/91 (35) ; y (CE) n.º 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (36) , eso sí, incluidos los litigios en línea previstos en 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 (37) .

Respecto a su ámbito de aplicación es necesario subrayar diversas cuestiones, la primera es que la norma extiende su aplicación a los conflictos de todos los usuarios del transporte aéreo, tengan o no la condición de consumidores. Es decir, que la norma expande su aplicación a todos los conflictos que afloren entre los pasajeros y las compañías aéreas, establecidas o no en la UE, que los transporten bajo el marco normativo de los Reglamentos (CE) n º261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004 y (CE) n.º 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

Eso sí, para el primero de los Reglamentos la Orden será de aplicación, y por lo tanto la posibilidad de someterse al procedimiento de resolución de litigios ante la AESA, en aquellos supuestos en los que: 1) los pasajeros partan de un aeropuerto situado en territorio español, o, 2) los pasajeros partan de un aeropuerto situado en un país que no sea miembro de la Unión Europea, con destino a otro situado en territorio español, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en

ese país no perteneciente a la Unión Europea, cuando la compañía aérea operadora sea una compañía aérea comunitaria.

En cambio, para el segundo de los Reglamentos la Orden será de aplicación, pudiendo la controversia quedar sometida a esta vía de resolución de litigios, cuando dichas personas pasajeras con movilidad reducida o discapacidad embarquen o despeguen de un aeropuerto situado en territorio español, desembarquen o aterricen en aeropuertos situados en territorio español o transiten por ellos.

Como puede apreciarse la legisladora proyecta sobre la norma una distinta expansión de su ámbito de aplicación según se trate de una cuestión en materia de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos o una cuestión relacionada con la esfera de los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida. En efecto, la incidencia de la norma es mucho más amplia en cuanto al sometimiento de supuestos al método alternativo de resoluciones de controversias o litigios ante la AESA cuando el conflicto nace de un potencial supuesto de vulneración de los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida. Recuérdese que la AESA conocerá únicamente en relación al Reglamento (CE) n.º 261/2004 de los supuestos en los que las personas pasajeras embarquen en un aeropuerto español o los pasajeros partan de un aeropuerto situado en un país que no sea miembro de la Unión Europea, con destino a otro situado en territorio español, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese país no perteneciente a la Unión Europea, cuando la compañía aérea operadora sea una compañía aérea comunitaria.

Expuesto lo anterior, centrémonos ahora únicamente en la constricción que aflora en los supuestos amparados por la norma sobre denegación de embarque, cancelación o gran retraso de vuelos que en nuestra opinión limita inadecuadamente las opciones jurisdiccionales/arbitrales para la interposición de la acción que sí amparan en vía jurisdiccional tanto el Convenio de Montreal de 1999 (38) , como subsidiariamente las normas de aplicación en materia de competencia judicial internacional aplicables a un servicio aéreo de transporte internacional de personas viajeras diseñadas por el Reglamento 1215/2012 (RBI bis) (39) .

Es decir, que de la lectura detenida del art. 2 de la Orden sobre su ámbito de aplicación se infiere que únicamente el método de resolución de controversias/litigios ante la AESA será activable, y por lo tanto aplicable, para las personas pasajeras que embarquen y despeguen de un aeropuerto situado en territorio español o a aquellas personas pasajeras que embarquen o despeguen de un aeropuerto situado en un país que no sea miembro de la Unión Europea, con destino a otro situado en territorio español, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese país no perteneciente a la Unión Europea, cuando la compañía aérea operadora sea una compañía aérea comunitaria.

Recuérdese que el Convenio de Montreal regula en sus arts. 33, 34, 46 y 49 un conjunto de normas procesales sobre competencia judicial internacional y resolución de controversias para el caso de que surja una disputa en materia de transporte aéreo internacional de mercancías y de pasajeros y las partes enfrentadas sean incapaces de resolver sus diferencias mediante cualquier tipo de acuerdo

o negociación.

Tras una negociación infructuosa, el demandante deberá determinar los órganos jurisdiccionales ante los cuales sea posible entablar la correspondiente acción. La finalidad del art. 33 es por tanto identificar las alternativas jurisdiccionales existentes para la interposición de la acción, sin tener que recurrir a las normas de conflicto nacionales y/o particulares de Derecho internacional privado (40) .

Para el transporte de personas pasajeras, el citado art. 33 abre, más allá de la posibilidad de configurar un acuerdo atributivo de jurisdicción, cinco grandes posibilidades en materia jurisdiccional que podemos calificar como foros objetivos alternativos cerrados (41) . Así, dichos foros objetivos alternativos cerrados hacen referencia al domicilio del transportista o el de su oficina principal, la residencia habitual del pasajero, el lugar de destino del transporte, la oficina, agencia o sucursal donde se formalizó el contrato, o ante el tribunal del lugar en el que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial.

Por otro lado, en los supuestos de ausencia o inaplicación, según los criterios hermenéuticos esgrimidos sobre la regla de especialidad y sus condicionantes por el TJUE en su sentencia TNT vs. AXA de 4 de mayo de 2010, de un Convenio internacional aplicable al contrato de transporte de viajeros aéreo en materia de competencia judicial internacional en la UE (42) , es preciso realizar mención al RBI bis sobre competencia judicial internacional, y analizar las normas de competencia jurisdiccional aplicables al transporte de personas viajeras.

Ante una controversia en materia de transporte internacional aéreo, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación del RBI bis, el demandante podrá interponer acción ante el tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan o deban ser prestados los servicios de transporte

El RBI bis contiene entre sus preceptos, normas sobre competencia judicial internacional en materia de prestación de servicios, dentro de la sección 2 titulada como competencias especiales. En concreto, el segundo párrafo del art. 7.1º.b es el dedicado a la prestación de servicios (43) , un término amplio que deberá interpretarse de manera autónoma y que abarca los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultado (44) . Concepto en el que cabrá incluir el contrato de transporte de viajeros aéreo, tal y como se puede inferir del pronunciamiento del TJUE en sentencia de 9 de julio de 2009, asunto.c-204/08 (*Peter Rehder contra Air baltic)* (45) .

El valor doctrinal de la citada decisión radica en dos cuestiones de notable importancia. En primer lugar, identifica los servicios cuya prestación es necesaria para cumplir con las obligaciones de un contrato de transporte de viajeros, y, en segundo lugar, precisa de manera muy apropiada cuáles

deben identificarse como lugares de prestación principal de un servicio de transporte internacional de viajeros aéreo.

De esta manera, ante una controversia en materia de transporte internacional aéreo, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación del RBI bis, el demandante podrá interponer acción ante el tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan o deban ser prestados los servicios de transporte. Es decir, el demandante podrá interponer la acción ante el lugar de origen o el lugar de destino del transporte internacional de viajeros aéreo, sin descuidar, la confluencia característica de dichos foros especiales por razón de la materia y el foro general del domicilio del demandado que también podrá ser escogido por el actor (46) .

Un foro general cuya justificación radica en la garantía que ofrece para los derechos de defensa del demandado y la efectividad de la futura resolución judicial (47) . Sin duda, una combinación de criterios de características personales y territoriales, recurriendo a principios de atribución neutros, junto a técnicas de protección de la parte más débil de la relación contractual.

Queda así descartada la aplicación de los foros de competencia judicial internacional denominados de protección contenidos en los arts. 17 a 19 del RBI bis, relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, para los contratos aéreos de transporte de viajeros (48) tal y como consta de forma expresa en el art. 17.3 (49) .

En efecto, la única excepción que se contempla en dicho precepto es la del viaje combinado de viajeros, es decir aquellos casos en los que se ofrece una combinación de transporte y alojamiento mediante un precio unitario (50) . En tal caso serían de aplicación los foros de protección contenidos en el art. 18. Esto, desde luego, no obsta para que el viajero o pasajero que contrata un transporte para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional sea considerado como consumidor según la definición recogida en el propio art. 17.1 del RBI bis.

En definitiva, este galimatías jurídico-normativo proyectado por nuestra legisladora en el referido articulo 2 sobre el ámbito de aplicación de la referida Orden desatiende dos de los principios inspiradores y elementales sobre los que la legisladora internacional y europea edificaron la configuración de las opciones jurisdiccionales tanto en el texto internacional como en la norma europea, la seguridad jurídica y la especialización, y todo ello, sin duda, perjudica la operatividad del operador (personas pasajeras, empresas porteadoras o transportistas, intermediarios y gestores aeroportuarios). En efecto, la articulación actual de la Orden impediría, por ejemplo, a una familia española con domicilio en Pamplona que viaja desde Bourdeaux a Milán en una empresa transportista aérea española con sede en Madrid, o peor aún, a una familia española con domicilio en Pamplona que viaja de Paris a Granada con la misma empresa transportista, poder interponer la acción en España cuando el Convenio de Montreal y/o el RBI bis no limitan, no restringen, no constriñen tal alternativa o posibilidad jurisdiccional.

Por si no fuera poco, la reciente modificación, este mismo agosto de 2022, del art. 86 bis de la LOPJ por la Ley Orgánica 7/2022 de 27 de julio (51) que viene a sustraer la competencia jurisdiccional de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las cuestiones en materia de daños derivados de la

destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado previstas en el Convenio Montreal y de las cuestiones previstas en el Reglamento (CE) 261/2004 sobre compensación y asistencia de pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos en beneficio de los Juzgados Primera Instancia, además de complicar e incluso fomentar la atomización de procedimientos judiciales sobre un mismo viaje (un mismo contrato de transporte), es un síntoma evidente de que los tiempos de la des-especialización han llegado con la pretensión de infiltrarse y fosilizarse en nuestro ordenamiento jurídico contraviniendo el signo de unos tiempos, y de un siglo, que requiere precisamente con total seguridad de una mayor especialización.

3. Sobre la reclamación previa y el procedimiento

La activación y el procedimiento de resolución alternativa de litigios que configura la Orden ante la AESA quedan regulados en los arts. 4 a 17 siendo de aplicación como advertimos a las controversias suscitadas entre personas pasajeras y compañías aéreas y a las reclamaciones interpuestas frente a los gestores de los aeropuertos situados en España.

No obstante, dispuesto la anterior el art. 4 de la Orden no restringe la posibilidad de las personas pasajeras de acudir o activar la iniciación de un procedimiento ante cualquier sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea o el gestor aeroportuario. Especial hincapié efectúa el precepto al reseñar y apuntar la posibilidad de someterse a un arbitraje de consumo o al sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, aunque como advertimos con anterioridad no serían las opciones más especializadas para el sector del transporte aéreo.

El procedimiento ante el AESA pretende erigirse como un sistema alternativo que permita descongestionar el acceso a la jurisdicción ordinaria, de carácter obligatorio y resultado vinculante para las compañías aéreas (cuyo incumplimiento tardío o defectuoso constituye infracción en relación con la asistencia y compensación de los pasajeros conforme a lo dispuesto por el art. 45 bis de la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea (52)), pero curiosamente no resulta bidireccional en el sentido de que ni personas pasajeras ni gestores aeroportuarios (no adheridos previamente — puesto que si así lo fueran la sumisión sería preceptiva pero el resultado no vinculante) quedan si no voluntariamente sometidos a dicho sistema de resolución alternativa de litigios, ni les vinculará el resultado final del procedimiento (lectura combinada de los arts. 7 y 18.2º), lo que nos lleva a plantear si tal configuración no es contraria al principio de equidad consagrado en el art. 7 de la propia Orden, y todo ello con independencia de que su epígrafe 2.c recoja expresa mención a la posibilidad de impugnar la decisión de la AESA ante el juzgado competente.

Cuestión bien distinta es si la legisladora, consciente o no, ha pretendido desviar por algún concreto motivo, espurio o no, del ámbito jurisdiccional mercantil, internacional o nacional, hacia la jurisdicción contenciosa-administrativa, la impugnación de una decisión o una resolución emitida por un ente evidentemente público como es la AESA (53) . Un motivo más para la des-especialización, intencionada o no. Sospecha que debe sumarse, tal y como resalta parte de la doctrina y hemos deslizado anteriormente, a la no proyección como obligatorio y vinculante del

procedimiento y su resultado para los gestores aeroportuarios y que tal vez encuentre su razón de ser en el protagonismo que AENA ostenta en dicho universo (54) .

Una vez interpuesta por parte de la persona pasajera la reclamación previa frente a la compañía aérea y/o al gestor aeroportuario en el plazo de 5 años a contar desde el día siguiente a aquel en el que se produjo el incidente que pudiera dar lugar a dicha reclamación (art. 6.1º) y ante una respuesta insatisfactoria a dicha reclamación o trascurrido un mes sin obtener respuesta a la misma, la persona pasajera podrá iniciar la reclamación activando el procedimiento ante la AESA.

Un procedimiento que de una lectura reposada y combinada de los arts. 8, 15.1º, 15.2º y 17.1º de la Orden nos permite entrever que la parte precursora (persona pasajera) contará en detrimento de la contraparte (compañía aérea o gestor aeroportuario) de hasta tres trámites de audiencia en contraposición a los dos tramites como máximo de los que podrá disponer la parte reclamada pudiendo deducirse que el principio de contradicción no queda garantizado en su totalidad. En efecto, la actora dispondrá de tres tramites: interposición de la acción o reclamación; contestación por la persona pasajera a las alegaciones, pruebas y documentos aportados por la parte reclamada —compañía aérea y/o gestor aeroportuario— pudiendo formular nuevas alegaciones, presentar documentos y proponer otros medios de prueba en un plazo de diez días hábiles; y, la audiencia de práctica de prueba junto a una audiencia simultánea si fuera necesaria tras la práctica de ésta para garantizar la igualdad y contradicción de las partes por un plazo improrrogable de diez días hábiles.

La decisión de la AESA no será vinculante ni para las personas pasajeras ni para las gestoras de aeropuertos, aunque si lo será para las compañías aéreas

Se mantiene para este procedimiento ante la AESA cierta vocación de gratuidad al permitirse que las partes comparezcan sin asistencia técnica-profesional para su defensa, pudiendo si así lo estiman comparecer de igual forma asistidas de dicha defensa letrada o técnica (art. 13 de la Orden).

Y finalmente respecto a la resolución o decisión motivada, debemos apuntar que debe ser notificada en noventa días naturales contados desde la fecha en que se comunicó la recepción de la reclamación, aunque en casos de especial complejidad dicho plazo puede prorrogarse dilatándose el procedimiento por noventa días más. Parece pues que la Orden, tal y como lo refleja en su art. 19.2º, fomenta la prontitud en la toma de decisiones, sobre todo si se compara con el acceso a la justicia ordinaria, 90 o 180 días naturales, aunque no debe descuidarse que la activación del procedimiento mediante la presentación de la reclamación en formato físico o papel vía correo ordinario (no físicamente), en detrimento de la presentación en línea, pudiera dilatar algo los plazos de resolución puesto que en este formato pudiera no comunicarse la recepción de la reclamación con la misma celeridad. Todo ello, sin tener en cuenta la suspensión de los plazos máximos para resolver amparada por la propia norma (arts. 15.3º, 16.2º, 17.2º).

4. Sobre la eficacia de la decisión

Como advertimos la decisión de la AESA no será vinculante ni para las personas pasajeras ni para las gestoras de aeropuertos, aunque si lo será para las compañías aéreas. Esto no obsta para que la compañía aérea pueda impugnar la decisión ante el juzgado competente, es decir los Juzgados de lo Mercantil hasta la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 7/2022 de 27 de julio y los Juzgados de Primera Instancia a partir de la modificación normativa reseñada (art. 86 bis LOPJ).

Dicho esto, menos entendible que la des-especialización configurada por la legisladora al trasvasar esta materia de transporte aéreo tan especializada de la jurisdicción mercantil a la civil es si cabe la propia configuración procesal para la ejecutividad judicial de las resoluciones o decisiones dictadas por la AESA (art. 18 de la Orden). En primer lugar, la decisión ostentara la consideración de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 517.2. 9º de la LEC (55) , puesto que su encaje o equiparación al laudo arbitral de cara a su ejecución por los Juzgados y Tribunales genera ciertas dudas por ser demasiado forzada y no encontrarse rastro de dicha calificación terminológica y jurídica en la propia Orden.

No obstante, en segundo lugar, y lo que genera mayor desconcierto, o cuanto menos proyecta un despiste y cierta descoordinación legislativa es que, por un lado, de la lectura combinada de la «exposición de motivos» y del art. 18 de la Orden se infiera sobre la eficacia de la decisión que la persona pasajera podrá instar su ejecución mediante la presentación de una demanda ejecutiva ante el juzgado competente siendo estos los Juzgados de lo Mercantil (cuestión cuanto menos llamativa conscientes de la configuración del art. 545.2º LEC y la asunción de la competencia ejecutiva por los Juzgados de Primera Instancia). Y por otro, la evidente disociación entre dos normas que afectan a la misma materia, el transporte aéreo internacional, que son promulgadas con una diferencia de 6 meses en el mismo año, que dejan patente que la legisladora o el legislador no han tenido en cuenta la necesaria coexistencia de ambas normas para un sector jurídico determinado y en un mismo tiempo, y que son totalmente contradictorias al configurar e irrogar la primera (la Orden) a los Juzgados de lo Mercantil la competencia especializada sobre la materia, y la segunda (la LOPJ modificada por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio) a los Juzgados de Primera Instancia la competencia sobre la misma materia especializada. Desde luego es una falta de coordinación legislativa muy llamativa que no hace sino perjudicar a un sector, el del Derecho del transporte nacional e internacional, que requiere como advertimos de la máxima especialización para este siglo XXI.

III. REFLEXIONES FINALES

Ante la expuesta tesitura es necesario que esta importante actividad comercial sea reglamentada con mesura, sin prisa, y con normas claras y precisas que permitan, por un lado, simplificar el ejercicio diario de la actividad y, por otro, aportar una alta dosis de seguridad jurídica y previsibilidad para todos los actores. Desde luego el nuevo procedimiento diseñado ante la AESA podría equipararse a un arbitraje de consumo, puesto que en esencia ni la AESA ni el Sistema Arbitral de Consumo ni la Juntas Arbitrales de Consumo son instituciones arbitrales especializadas en materia

de Derecho del transporte, sino más bien órganos administrativos que promueven un «arbitraje institucionalizado», de carácter administrativo y no mercantil, que se caracteriza por la simplificación de trámites y la no exigencia de formalidades especiales.

En efecto, volvemos a reiterar que es necesaria la especialización para el sector del Derecho del transporte en nuestro siglo y cabría, en su caso, si la legisladora y el legislador así lo entienden, configurar instituciones arbitrales que promuevan arbitrajes institucionalizados de carácter mercantil y especializados en materia de transporte y Derecho del transporte nacional e internacional por secciones (marítima, carretera, ferroviaria, aérea y multimodal).

Por otro lado, el sistema o procedimiento diseñado por la Orden proyecta una clara instrumentalización de los modos alternativos para la resolución de controversias donde la administración adquiere un papel nuclear y permite una manifiesta disimetría al posicionar a las personas pasajeras en una nítida situación de ventaja frente a los distintitos operadores del sector (compañías aéreas y gestoras aeroportuarias), en un claro intento de catalogar a la parte débil de una relación contractual de transportar, animándoles a acudir a este método de resolución de controversias en detrimento del acceso a la jurisdicción ordinaria con la clara finalidad de descongestionar la situación judicial actual y para lo que cabría activar otras alternativas.

Finalmente, cabría una vez más requerir de las instituciones de la UE la asunción de un mayor protagonismo en la materia si lo que se pretende es consolidar la política común de transporte primero, y el viejo proyecto de los Estados Unidos de Europa después. Dar pasos en este sentido reflejaría un firme compromiso de todos los actores Estatales y europeos institucionales en la definitiva consolidación y consagración del proceso de integración.

BIBLIOGRAFÍA

AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., «La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera», *RDT*, n.º 7, 2011, pp. 51-59.

AGÜERO ORTIZ, A., «La resolución alternativa de conflictos en el sector de los derechos de los pasajeros aéreos», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº41/2022, pp. 83 -113.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., «Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?», en GOIZUETA VÉRTIZ, J., y CINFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi , 2014, pp. 291-310.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos,* Pamplona, Aranzadi, 2011, pp.13-32.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53-55.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil*

foral del país vasco, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los Foros de competencia Judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos),* Bilbao, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobiernos Vasco, 1993, pp. 29 ss.

ARPIO SANTA CRUZ, M., «El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes», *RIE*, n.º 12, 1985, pp. 789-804.

BELINTXON MARTÍN, U., «Derechos humanos y responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte: Un apunte de Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 63, 2020, pp. 269-294.

BELINTXON MARTÍN, U., «La política común de transportes de la UE: ¿la menos común de todas las políticas? Una primera reflexión sobre el Reglamento (UE) 2020/1055 de 15 de julio de 2020», *La Ley: Unión Europea,* n.º 87, diciembre 2020, pp. 1-26.

BELINTXON MARTÍN, U., «La obligada adecuación de la LOTT y el ROTT al Derecho europeo en materia de acceso a la profesión de porteador/transportista», *La Ley: Unión Europea*, 2018, n.º 58, pp. 1-19.

BELINTXON MARTÍN, U., *La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp . 25-34.

BELINTXON MARTÍN, U., «Derecho internacional privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 8, n.º 1, marzo 2016, pp. 17-35.

BELINTXON MARTÍN, U., «Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 269-273.

BELINTXON MARTÍN, U., «La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador», en PETIT LAVALL, M.V., MARTÍNEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

BON GARCIN, I., BERNADET, M., y REINHARD, Y., *Droit des transports,* París, Dalloz, 2010, pp. 2 y ss.

BORRÁS, A., «La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285-318.

CALVO CARAVACA, A.L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 21, 2003, pp. 49-69.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 493-497.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia», en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 291-307.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Integración Europea y Derecho Internacional Privado», *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración», *La Ley: Unión Europea,* 46, 2017, pp. 1-8.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho económico internacional,* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2010, pp. 55 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES,* n.º 140, 2009, pp. 600 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley,* D-195, 2004, p.16.

GARAU SOBRINO, F.F., «La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre el Reglamento Bruselas I y los Convenios sobre materias particulares según el TJUE», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 270-281.

GONDRA ROMERO, J.M., «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo,* vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275-312.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des régles de Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, n.º 7479, 2010, pp.713 ss.

GUZMÁN GÓMEZ, M.A., «La aplicación en España de la política común de transportes», *DA,* n.º 201, 1984, pp. 675-706.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «El Contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 179-194.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., «Propiedad y Derecho internacional», *Los conflictos internos en el sistema español,* Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, pp. 133-163.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., *El contrato de embarque internacional* , Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 ss.

MUNARI, F., *Il Diritto Comunitario dei Trasportti*, Guiffrè, Milán, 1996, pp. 50-117.

PÉREZ MORIONES, A., «Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo», *Diario La Ley*, n.º 9298, 2018.

PÉREZ MORIONES, A., «Transporte aéreo y estabilidad económica en el comercio internacional», en ÁLVAREZ RUBIO, J.J., IRIARTE ÁNGEL, J.L., y BELINTXON MARTÍN, U. (Dirs.), *Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 640-644.

PETIT LAVALL, M.V., «El Reglamento (UE) núm. 1177/2010 y la protección de los pasajeros que viajan por mar», *RDT*, 2013, n.º 12, pp. 12-29.

PIÑALES LEAL, F.J., *Régimen Jurídico del transporte por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 32-43.

PUETZ, A., *Derecho de vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario* , Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 44-42.

(1) En este sentido *vid.*. J.C. Fernández Rozas, «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales», *RES,* n.º 140, 2009, pp. 600 ss.

Ver Texto

(2) *Vid.*. A. Borrás, «La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco , 2002, pp. 285-318; M. Guzmán Zapater, «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, n.º 7479, 2010, pp.713 ss.

Ver Texto

(3) Sobre este particular *vid.*. A.L. Calvo Caravaca, «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 21, 2003, pp. 49-69.

Ver Texto

(4) Sobre dicha realidad jurídica y la diversidad de sistemas legislativos territoriales coexistente en algunos Estados de la UE, entre otros autores, véase: J.L. Iriarte Ángel, «Propiedad y Derecho internacional», *Los conflictos internos en el sistema español,* Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, pp. 133-163; J.J. Álvarez Rubio, *Las normas de derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de derecho civil foral del país vasco,* Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

Ver Texto

(5) Sobre la diversidad de fuentes y la tendencia actual hacia la armonización de las normas europeas aplicables al sector del Derecho del transporte, véase entre otros: I. Bon Garcin, M. Bernadet e Y. Reinhard, *Droit des transports,* París, Dalloz, 2010, pp. 2 ss.

Ver Texto

(6) Entre otros, y también proyectable sobre el sector aéreo: U. Belintxon Martín, «La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador», en M.V. Petit Lavall, F. Martínez Sanz y A. Recalde Castells (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

Ver Texto

(7) Sobre a transcendencia del Derecho uniforme para la consecución de un marco legal homogéneo en una pluralidad de ordenamientos jurídicos, entre otros puede verse: A. Puetz, *Derecho de vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 44-42.

Ver Texto

(8) En relación a la europeización del Derecho privado y la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional hacia la integración, puede verse el estudio: P.A. De Miguel Asensio, «Integración Europea y Derecho Internacional Privado», *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

Ver Texto

(9) Sin duda la consolidación de este espacio del transporte tiene una relación estrecha con el espacio de libertad, seguridad y justicia, y con la garantía de la libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales y establecimiento. Sobre estas cuestiones entre otros puede verse: J.C. Fernández Rozas, «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», *La Ley,* D-195, 2004, p.16.

Ver Texto

(10) En relación a la política común de transportes y su aplicación e incidencia en España, entre otros: M.A. Guzmán Gómez, «La aplicación en España de la política común de transportes», *DA,* n.º 201, 1984, pp. 675-706.

Ver Texto

(11) Respecto a una mayor integración económica, la constitución de un efectivo espacio de libertad, seguridad y justicia y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros autores: J.M. Gondra Romero, «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea», en E. García De Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo,* vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275-312.

Ver Texto

(12) J.C. Fernández Rozas, «El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración», *La Ley: Unión Europea,* 46, 2017, pp. 1-8.

Ver Texto

(13) U. Belintxon Martín, *La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 25-34.

Ver Texto

(14) U. Belintxon Martín, «La obligada adecuación de la LOTT y el ROTT al Derecho europeo en materia de acceso a la profesión de porteador/transportista», *La Ley Unión Europea*, 2018, n.º 58, pp. 1-19.

Ver Texto

(15) Sobre la fundamental importancia del transporte para nuestra economía, nuestra sociedad y desarrollo interior, aunque en referencia expresa al sector por carretera, entre otros estudios *vid..* F.J. Piñales Leal, *Régimen Jurídico del transporte por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 32-43.

Ver Texto

(16) La UE viene fijando mediante los respectivos Libros Blancos del Transporte los objetivos de la Política Europea del Transporte, sobre esta cuestión y su incidencia en la protección de los pasajeros, entre otros autores, y en relación al transporte marítimo, *vid..*: M.V. Petit Lavall, «El Reglamento (UE) n.º 1177/2010 y la protección de los pasajeros que viajan por mar», *RDT*, 2013, n.º 12, pp. 12-29.

Ver Texto

(17) Sobre la especialización del sistema y el Derecho internacional privado, J.D. González Campos, «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des régles de Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 287, 2002, pp. 156 ss.

Ver Texto

(18) J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional,* Cizur Menor, Thomson Civitas, 2010, pp. 55 ss.

Ver Texto

(19) J.J. Álvarez Rubio, *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos,* Pamplona, Aranzadi, 2011, pp.13-32.

Ver Texto

(20) Una perspectiva de Derecho administrativo sobre la intervención administrativa en el sector del transporte puede verse en: C. Agoués Mendizábal, «La intervención administrativa en el transporte de viajeros por carretera», *RDT*, n.º 7, 2011, pp. 51-59.

Ver Texto

(21) Puede verse en relación con la particularidad del Derecho del transporte, las consideraciones realizadas por el profesor J.L. Iriarte Ángel, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 ss.

Ver Texto

(22) U. Belintxon Martín, «Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

Ver Texto

(23) STJ 22 de mayo de 1985, Asunto 13/83, Comisión de las Comunidades Europeas vs Consejo de las Comunidades Europeas. Sentencia de conflicto derivado entre el Parlamento Europeo, apoyado por la Comisión de las Comunidades Europeas, contra el Consejo de las Comunidades Europeas, apoyado por el Reino de los Países Bajos, y que tuvo por objeto un recurso interpuesto con arreglo al art. 175 TCEE con el fin de que se declarase la omisión del Consejo en materia de política común de transportes.

Ver Texto

(24) Sobre la sentencia citada del Tribunal de Justicia, pueden verse entre otras las reflexiones realizadas por M. Arpio Santa Cruz, «El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes», *RIE*, n.º 12, 1985, pp. 789-804.

Ver Texto

(25) BOE 17.03.2022.

Ver Texto

(26) En este sentido, entre otros: U. Belintxon Martín, *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 269-273.

Ver Texto

(27) U. Belintxon Martín, «Derechos humanos y responsabilidad social corporativa en las empresas de transporte: Un apunte de Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 63, 2020, pp. 269-294.

Ver Texto

(28) J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, nota 12, pp. 1-8.

Ver Texto

(29) U. Belintxon Martín, «La política común de transportes de la UE: ¿la menos común de todas las políticas? Una primera reflexión sobre el Reglamneto (UE) 2020/1055 de 15 de julio de 2020», *La Ley Unión Europea.*, n.º 87, diciembre 2020, pp. 1-26.

Ver Texto

(30) M.A. Guzmán Gómez, *op. cit.*, nota 10, pp. 675-706.

Ver Texto

(31) Sobre la política común de transportes en la UE, puede verse a F. Munari, *Il Diritto Comunitario dei Trasportti*, Milán, Guiffrè, 1996, pp. 50-117.

Ver Texto

(32) J.J. Álvarez Rubio, «Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?», en J. Goizueta Vértiz y M. Cinfuegos Mateo, *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 291-310.

Ver Texto

(33) BOE 04.11.2017.

Ver Texto

(34) BOE 19.09.2020.

Ver Texto

(35) DO L 46/1 de 17.02.2004.

Ver Texto

(36) DO L 204/1 de 26.07.2006.

Ver Texto

(37) DO L 165/1 de 18.06.2013.

Ver Texto

(38)

BOE 122 de 20.05.2004.

Ver Texto

(39) Reglamento (UE) nº1215/2012 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. DO de 20 de diciembre de 2012 L 351/1.

Ver Texto

(40) Entre otros autores sobre cuestiones de competencia judicial internacional y le aplicable en el sector del transporte, véase: U. Belintxon Martín, «Derecho internacional privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 8, n.º 1, marzo 2016, pp. 17-35.

Ver Texto

(41) Una descripción y definición exhaustiva sobre los objetivos alternativos y el complejo andamiaje normativo existente en el sector del transporte pueden verse las reflexiones realizadas para el sector marítimo por J.J. Álvarez Rubio, *Los Foros de competencia Judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos),* Bilbao, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobiernos Vasco, 1993, pp. 29 ss.

Ver Texto

(42) En relación a los presupuestos exigidos por la STJUE de 4 de mayo de 2010 (Asunto C-533/08) y la regla de especialidad, entre otros *vid..*: F.F. Garau Sobrino, «La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre el Reglamento Bruselas I y los Convenios sobre materias particulares según el TJUE», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 270-281.

Ver Texto

(43) En relación al art. 5.1º.b del RBI sobre los contratos de prestación de servicios y su delimitación (actual art. 7.1º.b del RBI bis) pueden verse las reflexiones realizadas por el profesor P.A. De Miguel Asensio, «El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia», en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, y R. Viñas Farré (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 291-307.

Ver Texto

(44) Sobre la calificación de noción económica del contrato de prestación de servicios empleada por el art. 5.1º.b R.44/2001 (hoy 7.1º.b R.1215/2012) y el objeto principal de este tipo de contratos que comprenden y generan tanto una obligación de medios, como una obligación de resultado, pueden verse las consideraciones realizadas por los profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 493-497.

Ver Texto

(45) STJ 9 de julio de 2009. Recuperado de *Westlaw Aranzadi*.

Ver Texto

(46) *Vid.*. en relación con el foro general del domicilio del demandado, las consideraciones realizadas por J.L. Iriarte Ángel, al tratar el contrato de embarque internacional en su obra: *op. cit.*, nota 21, pp. 100 ss.; Del mismo modo obsérvense los arts. 4.1º y 5.1º del RBI bis (arts. 2.1 y 3.1º del antiguo RBI).

Ver Texto

(47) J.J. Álvarez Rubio, *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco , 2000, pp. 53-55.

Ver Texto

(48) Sobre esta cuestión, entre otros autores: A. Hernández Rodríguez, «El Contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol . 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 179-194.

Ver Texto

(49) Un art. 17.3º que viene a disponer que: La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.

Ver Texto

(50) En este sentido entre otros puede verse las referencias a la competencia judicial internacional y ley aplicable realizadas sobre el contrato de transporte por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit*., nota 44, pp. 543- 549.

Ver Texto

(51) BOE 28.07.2022. Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil.

Ver Texto

(52) BOE 08.07.2003.

Ver Texto

(53) A. Agüero Ortiz, «La resolución alternativa de conflictos en el sector de los derechos de los pasajeros aéreos», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 41/2022, pp. 83-113.

Ver Texto

(54) Sobre la cuestión: A. Pérez Moriones, «Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo», *Diario La Ley*, n.º 9298, 2018.

Ver Texto

(55) A. Pérez Moriones, «Transporte aéreo y estabilidad económica en el comercio internacional», en J.J. Álvarez Rubio, J.L. Iriarte Ángel y U. Belintxon Martín (dirs.), *Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 640-644.

Ver Texto

Sistema de resolución extrajudicial de controversias en el mercado único de servicios digitales

System for out-of-court dispute settlement in the digital single market for services

El Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo incorpora un sistema de resolución extrajudicial de litigios. Los prestadores de plataformas en línea deben estar obligados a establecer sistemas internos de gestión de reclamaciones que cumplan determinadas condiciones al objeto de garantizar que los sistemas sean fácilmente accesibles y produzcan resultados rápidos, no discriminatorios, no arbitrarios y justos, y que estén sujetos a revisión humana cuando se usen medios automáticos.

Mercado único de servicios digitales, Sistema de resolución extrajudicial de litigios, Condiciones

Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament incorporates an out-of-court dispute settlement. Providers of online platforms should be required to provide for internal complaint-handling systems, which meet certain conditions that aim to ensure that the systems are easily accessible and lead to swift, non-discriminatory, non-arbitrary and fair outcomes, and are subject to human review where automated means are used.

Single Market For Digital Services, Out-of-court dispute settlement, Conditions

José Juan Castelló Pastor

Profesor asociado de Derecho internacional privado

Universitat de València

I. ANTECEDENTES

Veinte años después de la adopción del marco jurídico vigente aplicable a dichos servicios establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, que han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas. Sin embargo, el creciente uso de esos servicios también entraña

nuevos riesgos y desafíos para los destinatarios individuales de los correspondientes servicios, las empresas y la sociedad en su conjunto.

El 15 de diciembre de 2020 la Comisión Europea presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el mercado único de servicios digitales, COM/2020/825 final, con el propósito de modificar la referida Directiva. Dicha propuesta iba acompañada de otra propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados competitivos y justos en el sector digital (Digital Markets Act) COM(2020) 842 final.

II. REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES

Por fin, el DO L 277 de 17.10.2022 publicó el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), que incorpora las condiciones para que en el mercado interior surjan y se desarrollen servicios digitales innovadores. Su propósito es aproximar en el ámbito de la Unión las disposiciones reguladoras nacionales referidas a los requisitos aplicables a los prestadores de servicios intermediarios a fin de evitar y eliminar la fragmentación del mercado interior y garantizar la seguridad jurídica, de modo que se reduzca la incertidumbre para los desarrolladores y se fomente la interoperabilidad.

El presente Reglamento se aplica a los servicios intermediarios ofrecidos a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de donde los prestadores de dichos servicios intermediarios tengan su lugar de establecimiento.

No se aplicará a ningún servicio que no sea un servicio intermediario ni a ningún requisito que se imponga respecto de un servicio de esa índole, con independencia de si el servicio se presta mediante el uso de un servicio intermediario.

> Los prestadores de plataformas en línea facilitarán a los destinatarios del servicio acceso a un sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones, por vía electrónica y de forma gratuita, contra sus decisiones

Cuando reciban una orden de proporcionar información específica sobre uno o varios destinatarios individuales del servicio, dictada por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes, sobre la base del Derecho de la Unión aplicable o del Derecho nacional aplicable en cumplimiento del Derecho de la Unión, los prestadores de servicios intermediarios informarán, sin dilación indebida, a la autoridad que haya dictado la orden o a cualquier otra autoridad especificada en la orden, de su recepción, y del curso dado a la orden, especificando si se ha dado curso a la orden y cuándo.

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecerán mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos. Dichos mecanismos serán de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica.

III. GESTIÓN DE RECLAMACIONES Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LITIGIOS

1. Acceso a un sistema eficaz de gestión de reclamaciones

Los prestadores de plataformas en línea facilitarán a los destinatarios del servicio, en particular a las personas físicas o entidades que hayan presentado una notificación, durante un período mínimo de seis meses a partir de la decisión a que se refiere el presente apartado, acceso a un sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones, que les permita presentar las reclamaciones por vía electrónica y de forma gratuita, contra la decisión tomada por el prestador de la plataforma en línea cuando reciban una notificación o contra las siguientes decisiones adoptadas por el prestador de la plataforma en línea sobre la base de que la información proporcionada por los destinatarios del servicio constituye un contenido ilícito o incompatible con sus condiciones generales:

a) las decisiones de si retirar la información o bloquear el acceso a esta o restringir su visibilidad, o de no hacerlo;

b) las decisiones de si suspender o cesar la prestación del servicio, en todo o en parte, a los destinatarios, o de no hacerlo;

c) las decisiones de si suspender o suprimir la cuenta de los destinatarios, o de no hacerlo;

d) las decisiones de si suspender, cesar o restringir de algún otro modo la capacidad de monetizar la información proporcionada por los destinatarios, o de no hacerlo.

2. Órgano de resolución extrajudicial de litigios

i) Los destinatarios del servicio, incluidas las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones, a quienes vayan destinadas las decisiones anteriormente referidas tendrán derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado para resolver litigios relativos a esas decisiones, incluidas las reclamaciones que no se hayan resuelto a través del sistema interno de tramitación de reclamaciones mencionado en dicho artículo.

Los prestadores de plataformas en línea velarán por que la información sobre la posibilidad para el destinatario del servicio de acceder a una resolución extrajudicial de litigios a que se refiere el párrafo primero sea fácilmente accesible en su interfaz en línea, clara y sencilla.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio del derecho del destinatario del servicio afectado a interponer recurso, en cualquier fase, contra dichas decisiones de los prestadores de plataformas en línea ante un órgano jurisdiccional de conformidad con el Derecho aplicable.

ii) Ambas partes colaborarán, de buena fe, con el órgano de resolución extrajudicial de litigios seleccionado y certificado con el fin de resolver el litigio.

Los prestadores de plataformas en línea podrán negarse a colaborar con el órgano de resolución extrajudicial de litigios si ya se ha resuelto un litigio relativo a la misma información y los mismos motivos de supuesta ilegalidad o incompatibilidad de los contenidos.

El órgano certificado de resolución extrajudicial de litigios no estará facultado para imponer una resolución del litigio vinculante a las partes.

iii) El coordinador de servicios digitales del Estado miembro en el que esté establecido el órgano de resolución extrajudicial de litigios certificará a dicho órgano, a petición de este, por un período máximo de cinco años, renovable, cuando dicho órgano haya demostrado cumplir todas las condiciones siguientes:

a) que es imparcial e independiente, también financieramente, de los prestadores de plataformas en línea y de los destinatarios del servicio prestado por los prestadores de plataformas en línea, en particular de las personas físicas o entidades que hayan enviado notificaciones;

b) que tiene los conocimientos necesarios en relación con las cuestiones planteadas en uno o varios ámbitos específicos de los contenidos ilícitos, o en relación con la aplicación y ejecución de las condiciones generales de uno o varios tipos de plataformas en línea, para poder contribuir de manera eficaz a la resolución de un litigio;

c) que sus miembros son remunerados de una forma que no está vinculada al resultado del procedimiento;

d) que el mecanismo de resolución extrajudicial de litigios que ofrece es fácilmente accesible a través de tecnologías de comunicación electrónicas y ofrece la posibilidad de iniciar la resolución del litigio y de presentar en línea la documentación justificativa necesaria;

e) que es capaz de resolver litigios de manera rápida, eficiente y eficaz en términos de costes y en al menos una lengua oficial de las instituciones de la Unión;

f) que la resolución extrajudicial del litigio que ofrece se lleva a cabo con arreglo a unas normas de procedimiento claras y justas que sean fácilmente accesibles al público y conformes al Derecho aplicable, incluido el presente artículo.

El coordinador de servicios digitales, en su caso, especificará en el certificado:

a) las cuestiones concretas a las que se refieren los conocimientos del órgano, como se indica en el párrafo primero, letra b), y

b) la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Unión en las que el órgano es capaz de resolver litigios, como se indica en el párrafo primero, letra e).

iv) Los órganos certificados de resolución extrajudicial de litigios informarán anualmente al coordinador de servicios digitales que los haya certificado acerca de su funcionamiento, especificando al menos el número de litigios que les hayan sido sometidos, la información sobre los resultados de dichos litigios, el tiempo medio necesario para resolverlos y las deficiencias o dificultades encontradas. Dichos órganos facilitarán información adicional a petición del citado coordinador de servicios digitales.

Cada dos años, los coordinadores de servicios digitales elaborarán un informe sobre el funcionamiento de los órganos de resolución extrajudicial de litigios que hayan certificado. En concreto, el informe:

a) enumerará el número de litigios que haya sido sometido anualmente a cada órgano certificado de resolución extrajudicial de litigios;

b) indicará los resultados de los procedimientos interpuestos ante dichos órganos y el tiempo medio necesario para resolver los litigios;

c) identificará y explicará cualquier deficiencia o dificultad sistémica o sectorial encontrada en relación con el funcionamiento de dichos órganos;

d) determinará las mejores prácticas relativas a ese funcionamiento;

e) hará recomendaciones sobre cómo mejorar ese funcionamiento, en su caso.

Los órganos certificados de resolución extrajudicial de litigios pondrán sus decisiones a disposición de las partes en un plazo razonable y, a más tardar, 90 días naturales después de la recepción de la reclamación. En caso de litigios de gran complejidad, el órgano certificado de resolución extrajudicial de litigios podrá, a su discreción, ampliar el plazo de 90 días naturales por un plazo adicional que no excederá 90 días, con una duración total máxima de 180 días.

v) Si el órgano de resolución extrajudicial de litigios resuelve el litigio en favor del destinatario del servicio, incluida la persona física o la entidad que haya enviado una notificación, el prestador de la plataforma en línea sufragará todos los honorarios que cobre el órgano de resolución extrajudicial de litigios, y reembolsará a dicho destinatario, incluida la persona física o la entidad, los demás gastos razonables que haya abonado en relación con la resolución del litigio. Si el órgano de resolución extrajudicial de litigios resuelve el litigio en favor del prestador de la plataforma en línea, el destinatario del servicio, en particular la persona física o la entidad, no estará obligado a reembolsar los honorarios u otros gastos que el prestador de la plataforma en línea haya abonado o deba abonar en relación con la resolución del litigio, a menos que el órgano de resolución extrajudicial de litigios determine que dicho destinatario actuó manifiestamente de mala fe.

Los honorarios que el órgano de resolución extrajudicial de litigios cobre a los prestadores de las plataformas en línea por la resolución del litigio serán razonables y en ningún caso serán superiores a los costes en que haya incurrido el órgano. Para los destinatarios del servicio, la resolución de litigios será gratuita o estará a disposición de estos a un coste mínimo.

Los órganos certificados de resolución extrajudicial de litigios comunicarán sus honorarios, o los mecanismos utilizados para determinar sus honorarios, al destinatario del servicio, en particular a las personas físicas o entidades que hayan enviado una notificación, y al prestador de la plataforma en línea afectada, antes de iniciar la resolución del litigio.

vi) Los Estados miembros podrán establecer órganos de resolución extrajudicial de litigios para los fines del apartado 1 o colaborar en las actividades de todos o algunos de los órganos de resolución extrajudicial de litigios que hayan certificado de conformidad con el apartado 3.

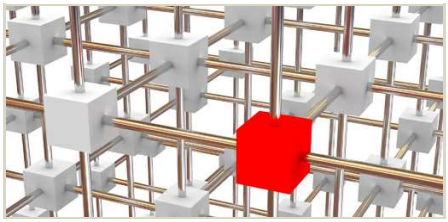
Los Estados miembros velarán por que ninguna de las actividades que lleven a cabo de conformidad con el párrafo primero afecte a la capacidad de sus coordinadores de servicios digitales para certificar a los órganos de que se trate de conformidad con el apartado 3.

vii) Un coordinador de servicios digitales que haya certificado a un órgano de resolución extrajudicial de litigios revocará dicha certificación si determina, a raíz de una investigación realizada por iniciativa propia o basada en información recibida por terceros, que el órgano de resolución extrajudicial de litigios ya no cumple las condiciones establecidas en el apartado 3. Antes de revocar esa certificación, el coordinador de servicios digitales dará a este órgano una oportunidad para responder a las conclusiones de su investigación y a su intención de revocar la certificación de dicho órgano de resolución extrajudicial de litigios.

viii) Los coordinadores de servicios digitales notificarán a la Comisión los órganos de resolución extrajudicial de litigios que hayan certificado de conformidad con el apartado 3, indicando, en su caso, las especificaciones a que se refiere el párrafo segundo de dicho apartado, así como los órganos de resolución extrajudicial de litigios cuya certificación hayan revocado. La Comisión publicará una lista de esos órganos, incluidas dichas especificaciones, en un sitio web destinado a tal fin y de fácil acceso, y la mantendrán actualizada.

ix) El presente artículo ha de entenderse sin perjuicio de la Directiva 2013/11/UE y de los procedimientos y entidades de resolución alternativa de litigios para los consumidores establecidos en virtud de dicha Directiva.

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE



Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (expert determination)

Arbitrators, antecedent and inevitable benchmark for expert determination

Al hilo de una Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, se analiza la figura del Arbitrador, se diferencia su papel del correspondiente al Árbitro y se compara con la figura del «Experto» recogida en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 22 de abril de 2022, así como con la práctica internacional de la *Expert Determination* (Experto Determinante), analizando sus características y valorando la oportunidad que brinda la *soft law* creada en torno a esta figura para definir con unos límites más precisos la función del Experto y proteger el ejercicio de la misma.

Árbitro, Arbitraje, Arbitrador, Experto Determinante, MASC/ADR, CCI, Perito.

Taking a Sentence issued by the Court of Hearings of Barcelona as starting point, the Author analyzes the spanish traditional figure of the «Arbitrator» (a kind of independent umpire requested by the parties in order to determine the price in a sale agreement or the earnings liquidation of a civil society), comparing it with the figure of the «Expert» contemplated in a future law, still under the aprobation process, to be issued in order to improve the functioning of the Justice Courts, as well as with the international state of the art of «Expert Determination» as an ADR. The article refers to the characters of said Expert Determination figure and praises positively the oportunity that the «soft law» which protects the figure will permit a more precise development of the Expert´s functions and a higher assurance on its outcome.

Arbitrator, Arbitration, Umpire, Expert Determination, MASC/ADR, ICC.

Luis Felipe Castresana

Abogado del Estado (ex)

Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

I. LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: PREPONDERANCIA DEL ARBITRAJE

El pie para estas reflexiones lo da la Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de abril de 2022, referida a las consecuencias del cálculo por un denominado «árbitro» —y también «perito»— de la renta mensual de un local dedicado al negocio hotelero durante un período de diez años.

La Sentencia analizada se produce en un momento en que se expanden cada vez más los medios alternativos que se ofrecen a personas físicas y jurídicas para la resolución de controversias entre las mismas, siempre que tales controversias formen parte de materias disponibles por los citados sujetos de derecho. Surgen así disposiciones y ofertas de instituciones especializadas propiciando mecanismos específicos sobre mediación, conciliación, transacción, peritaje y experticia, y dando lugar a formulaciones permanentes que acompañan toda la fase de construcción y puesta en marcha de EPCs y proyectos complejos de construcción y explotación de obras y concesiones, como son los *Adjudicators* y los *Dispute Adjudication Boards*, ya exigidos por diversas legislaciones como métodos de solución de controversias sobre la marcha y en tanto que tales proyectos y obras están a su vez sometidos a plazos de ejecución, entrega y puesta en marcha muy estrictos.

Dentro de tales métodos es evidente que el Arbitraje ocupa un papel central, tanto por ser un procedimiento que hunde sus raíces en la historia, cuanto porque el positivismo jurídico que llevó a la convicción de que cada derecho nacional encarnaba la totalidad del Derecho aplicable en la respectiva jurisdicción, hizo que la confrontación entre jurisdicciones distintas tuviera que resolverse por medios y procedimientos que superaran a las mismas. Ese carácter transnacional, más que multinacional, del arbitraje como técnica jurídica de resolución de conflictos ha llevado al mismo a una posición preeminente como alternativa a la utilización de las jurisdicciones ordinarias hipotéticamente implicadas en el caso de que se trate.

Esta preeminencia también ha hecho del Arbitraje blanco de muchas críticas, teniendo en cuenta que, probablemente de la mano del arbitraje comercial internacional, se han sofisticado y alargado los procesos de decisión, con el consiguiente encarecimiento de los mismos. Algo parecido ha ocurrido con los arbitrajes de inversión entre particulares y Estados, que han llegado a ser procedimientos de extraordinaria duración con participación de grandes equipos multidisciplinares y con unos elevados costes, lo que ha llevado a la Unión Europea a erigirse en portavoz de la sociedad civil, expresando dudas sobre la legitimidad, coherencia y transparencia de este sistema de arbitraje, estimando el Comité Económico y Social de la Unión Europea la necesidad de desarrollar un nuevo modelo de gobernanza de las inversiones internacionales con el fin de cubrir la brecha entre el sistema de inversión por un lado, y la de la protección efectiva de los derechos laborales y el medio ambiente por el otro, así como a solicitar poder participar más de cerca en los trabajos de reforma emprendidos por la CNUDMI, incluyendo un estatus de Observador en la idea de adoptar un enfoque

holístico de la gobernanza de las inversiones internacionales, alejándose del arbitraje *ad hoc*.

Pese a ello, el Arbitraje sigue siendo una técnica fundamental de resolución de controversias, tanto por su agilidad como por su flexibilidad, por su confidencialidad y, sobre todo, por hacer a las partes arbitrales dueñas del procedimiento arbitral al ser este instrumento reflejo de su libre voluntad para diseñar la fórmula de resolución de sus controversias. De otra parte, los propios Estados lo protegen en un movimiento de corte globalizador que poco a poco va acercando las legislaciones, bien del llamado «derecho continental», bien del denominado *common law* bajo la protección que ofrecen instituciones como CNUMDI/UNCITRAL en la tutela de las mejores prácticas y en la monitorización de sus reformas. Ello hace que el Arbitraje, además de un contrato, una técnica, o una institución jurídica, constituya un verdadero lenguaje común entre individuos y sociedades de países que aspiran a una resolución equilibrada de controversias complejas con muchas variables que manejar, como son la lengua, el derecho aplicable al arbitraje mismo y al fondo de la cuestión, la sede y el lugar de ejecución del laudo.

El Arbitraje tiene otra virtud no desdeñable, y es la de que suele articularse en las diferentes jurisdicciones nacionales a través de leyes que, como se ha señalado anteriormente, van adoptando un modelo común, y que además dejan a las partes intervinientes y a los Árbitros la posibilidad de construir el procedimiento con gran flexibilidad ciñéndose exclusivamente a unos pocos principios muy claros, permitiendo además que dichas partes y Árbitros se acojan a reglamentos o procedimientos establecidos por distintas Cortes de Arbitraje, y dejando como norma supletoria la correspondiente a la legislación procesal civil que pudiera aplicarse. Esto implica que esta especie de *soft law* que regula procedimentalmente el Arbitraje pueda servir de modelo para la regulación puramente privada de otras figuras como la del Experto Determinante, sin perjuicio de que esta figura pueda tener un tratamiento legal interno específico y diferente en las diversas jurisdicciones.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA INTERVENCIÓN DE UN PERITO EXPERTO INMOBILIARIO

La Sentencia publicada en el Blog del Prof. Fernández Rozas (1) tiene interés desde el punto de vista de la figura del Experto en valoración inmobiliaria en torno a la que la aquella gira. Cuando en el panorama español y en el internacional son cada vez más los instrumentos que se ofrecen a los particulares para la resolución de controversias, sean instrumentos autocompositivos como la mediación, o heterocompositivos como el Arbitraje, el sometimiento a peritos, la actuación del Experto Determinante (la función conocida como «*Expert Determination*») o los «*Dispute Boards*», y cuando además los medios heterocompositivos más utilizados, tal como el propio Arbitraje o el peritaje especializado , como es el del Seguro, son cuestionados por haber podido perder con la práctica algunas de las virtudes operativas que justificaron su nacimiento, crecimiento y posición de privilegio en el mundo de los MASC/ADR (2) , es bueno que en el ámbito de lo privado, de «lo arbitrable», de «lo disponible» sean cada vez más las herramientas que permitan a las personas físicas o morales encontrar caminos de solución a sus controversias y reducir el coste de tales soluciones.

La Sentencia comentada se refiere a un supuesto de arrendamiento de locales para un negocio hotelero, en el que en el año 1976 el arrendador, en nombre y representación de los propietarios de los locales sitos en las cuatro plantas más entrada, planta baja, planta altillo, planta cubierta y escaleras de emergencia, de una finca situada en las Ramblas de Barcelona, suscribió un contrato de arrendamiento con determinadas personas físicas que, en condición de arrendatarias, arrendaron los referidos locales para el uso exclusivo de la actividad hotelera y por una duración de 35 años.

Posteriormente, en el año 2009, Hotel Lloret Ramblas, S.L. se subrogó en la posición arrendataria de los previos titulares de la misma, aceptándolo la propiedad y de conformidad con el Pacto 17º del Contrato de Arrendamiento.

Con independencia de otros antecedentes que refleja la Sentencia citada, en el Pacto 6º del Contrato se acordó una cláusula de actualización de la renta arrendaticia del Hotel en la que se detallaban tres periodos temporales de actualización de la misma:

- El primer período, de 9 años, se regula en el apartado a) del Pacto 6º citado, estableciéndose una renta de 13.500 mensuales, más IVA, desde el 1 de mayo de 2009 hasta el 30 de abril de 2018, con las particularidades fijadas en el propio Contrato y con las actualizaciones correspondientes en función de la variación que experimentara el Índice de Precios de Consumo publicado por el INE.

- El segundo período, de 10 años, se establece desde el 1 de mayo de 2018 hasta el 30 de abril de 2028 y se regula en el Pacto 6º, apartado b).

- El último período, de 16 años, se regula en el Pacto 6º, apartado c) del Contrato, y va desde el 1 de mayo de 2028 hasta el 30 de abril de 2044, siendo la renta *la cantidad que se esté satisfaciendo en ese momento por un local de las mismas características y uso*, con las particularidades del Pacto en cuestión.

El citado Pacto 6ª establece que la renta de mercado aplicable al Contrato de Arrendamiento se determinará tomando como referencia locales de las mismas características, uso y situación que el arrendado, lo que implica uso hotelero y de acuerdo con las siguientes reglas:

- En primer lugar, lo que acuerden las partes.

- En caso de que no haya tal acuerdo entre las partes, cada una de ellas deberá elegir un experto en valoración de inmuebles de similares características para determinar la renta de mercado.

- En caso de que tampoco se pongan de acuerdo con los informes de los expertos que ambas partes propongan, las mismas acordaron que *se someterían al Arbitraje del Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y Lleida, o persona que este designe*, el cual determinará la renta de mercado que correspondería satisfacer en ese momento *por unos locales de análogas características y uso a precio de mercado*.

Interesa señalar lo que textualmente establecen los párrafos discutidos del Pacto 6º, tal como lo reproduce la Sentencia citada que, al referirse a los apartados b) y b.1) de dicho Pacto, se refiere a los siguientes extremos literales:

«b) El segundo período de Diez (10) años, es decir, del 1 de mayo de 2018 hasta el 30 de abril de 2028, la renta será la cantidad que resulte de aplicar el 70% de la renta de mercado según la fórmula que seguidamente se detalla por un local de las mismas características, uso y situación que el arrendado, calculado sobre 1.600 metros cuadrados de superficie, más el correspondiente IVA y menos la correspondiente retención en su caso.

b.1) Para fijar la referida cantidad, en el mes de marzo de 2018 las partes deberán establecer de mutuo acuerdo la renta inicial a satisfacer para el referido período. Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre la renta a satisfacer, cada parte, a sus expensas, deberá elegir una persona o entidad experta en valoraciones inmobiliarias de similares características en Barcelona dentro del improrrogable plazo de 15 días desde el 31 de marzo de 2018. Ambos expertos deberán emitir una opinión conjunta y consensuada sobre el importe que consideren renta de mercado para un local de similares características al arrendado en el plazo de 30 días. El importe consensuado por dichos expertos constituirá la renta de mercado. Si no fuera posible que los expertos alcanzaran un acuerdo sobre lo que consideren renta de mercado, ambas partes establecen, desde este momento, que se someterán al Arbitraje del Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, o persona que este designe, el cual deberá realizar una peritación sobre la renta que correspondería satisfacer, en ese momento, por unos LOCALES de análogas características y uso a precio de mercado. Cada parte satisfará por mitad el coste del árbitro.

Fijada la renta, se notificará fehacientemente a la ARRENDATARIA, en un plazo no superior a 15 días, a contar desde la fecha de la emisión del dictamen y, ésta, se devengará desde el mes de mayo de 2018, girándose en consecuencia un recibo complementario por la diferencia que pudiera existir con la renta que en ese momento se estuviese satisfaciendo».

Por tanto se establece, además del mecanismo de fijación de la renta, una limitación de que la cantidad resultante no podrá exceder del 70% de la renta de mercado que se calcule por un local de las mismas características, uso y situación que el arrendado, sobre 1.600 metros cuadrados de superficie, fijándose en los datos estimados de oferta de alquiler de LOCALES por el Departamento de Estadística del Ayuntamiento de Barcelona u organismo que le sustituya para la zona en que los mismos estén sitos.

La propia cláusula señala, al parecer, según se desprende de la Sentencia citada, que «es de señalar que los 1.600 metros cuadrados que se establecen en esta cláusula han sido específicamente negociados y fijados por las partes única y exclusivamente a efectos de fijación de renta para este período, sin que se correspondan con la realidad ni puedan ser tomados de forma vinculante para supuestos posteriores».

A continuación, el apartado c) anterior se modificó y aclaró por las partes el 17 y el 18 de mayo de 2018, cuando se acordó verbalmente y ratificó posteriormente vía email que sería el Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y Lleida o persona que este designe quien, *mediante un dictamen y no un Arbitraje, determinaría en última instancia la renta de mercado del arrendamiento.*

En base a este pacto, las partes terminaron solicitando al entonces ex Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y Lleida la emisión de un informe para determinar la renta de mercado del Hotel Lloret, concluyendo este que el valor de mercado era de 30.720,70 euros al mes (excluido IVA).

De las Sentencias dictadas en primera instancia y en apelación, solo nos referiremos a los argumentos de las partes y del Tribunal, en lo que respecta a la interpretación que uno y otro hacen de la posición del perito, arbitrador o experto determinante, a quien en última instancia se le encomienda, por haber fracasado el común acuerdo de las partes y la emisión conjunta de un peritaje, la fijación del precio del arrendamiento.

Efectivamente, la Demandante en Primera Instancia —uno de los arrendadores actuando en su nombre y en interés del resto de los mismos— sostuvo que el dictamen del experto había obviado las condiciones meridianas del Contrato para realizar una tasación que escapa de la lógica más elemental, infringiendo la *lex artis* en cuanto que no había utilizado un criterio objetivamente adecuado dentro de la comunidad que representa el sector hotelero, apartándose absolutamente de los usos y costumbres de los peritos expertos en tasaciones de hoteles.

Por ello, solicitó que se declarara nulo y por tanto sin efecto el informe emitido por el ex Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y de Lleida, de 1 de octubre de 2018, sobre la revisión de la renta de mercado del contrato de arrendamiento suscrito entre los demandantes y el Hotel Lloret Ramblas, S.L. y, en segundo lugar, que se determinara por parte del Juzgado la renta de mercado a pagar por el Hotel Lloret Ramblas, S.L., en los términos y plazos del Pacto 6º, apartados b) y b)1 del contrato, valorándose los dictámenes periciales aportados de parte, esto es, el emitido por Bric Consulting de 15 de mayo de 2018, que fijaba una cantidad anual para el arrendamiento citado de 890.000 euros, equivalente a 74.166,66 euros mensuales.

El magistrado juez de primera instancia desestimó la demanda, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo en primera instancia al apreciar, de oficio, la falta de competencia objetiva, al considerar que la actora solicitaba la nulidad de un laudo arbitral, lo que planteaba una cuestión de competencia.

La Audiencia Provincial, en la Sentencia que se comenta revocó el citado fallo de primera Instancia señalando que «si bien, inicialmente, de la lectura literal del Pacto Sexto, pudiera desprenderse que las partes pactaron la sumisión de la cuestión litigiosa a Arbitraje, el propio contrato contiene términos contradictorios de los que parece deducirse que el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, o persona que éste designe, realizará una "peritación" o "dictamen", pero lo determinante es que, de los actos posteriores de las partes, a través de la actuación de sus respectivos Letrados, se desprende que las partes se sometieron a un dictamen o informe pericial para determinar la renta, y no a un Arbitraje». Y tras enumerar dichos actos posteriores —la Instancia conjunta presentada por ambos Letrados, lo que se solicitó al Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona que fue la emisión de un Informe o Dictamen pericial, y la constante dicción del propio Dictamen en referencia a su naturaleza de tal— la Audiencia Provincial concluye que por lo mismo, el Informe o Dictamen pericial emitido no sería ejecutable de

conformidad con el art. 517.2.2º LEC, a tenor del cual, «Solo tendrán aparejada ejecución: 2º: Los laudos o resoluciones arbitrales firmes».

De ahí que la Sentencia determine que la acción ejercitada en la demanda en la que se pide se declare nulo y, sin efecto el informe emitido por el ex Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y de Lleida, de fecha 1 de octubre de 2018, sobre la revisión a la renta de mercado del contrato de arrendamiento suscrito, y efectuado al amparo de lo regulado en el Pacto Sexto, apartado b) y b1) del contrato, sí era competencia del Juzgado de Primera Instancia.

La Sentencia entiende que en consecuencia procede la aplicación del art. 465.3º LEC que dispone: «Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el Tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso».

Se apoya la Sentencia en jurisprudencia del Tribunal Supremo (3) que señala que «como declara la sentencia de esta Sala núm. 868/2011, de 1 de diciembre, esta norma tiene como finalidad esencial evitar que en un mismo proceso se produzca una cadena de apelaciones y por esta razón se impone que, declarada la existencia de una infracción procesal en la sentencia dictada en la primera instancia, no proceda la devolución de las actuaciones a la primera instancia para que se dicte nueva sentencia, sino que sea la Audiencia Provincial quien resuelva sobre las cuestiones que fueron objeto del proceso». La propia STS citada incide en la cuestión señalando que «nuestra sentencia n.º 578/2003, de 16 de junio, con cita de varias anteriores, declara que los tribunales de alzada tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, que su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el órgano "*a quo*" en el momento de decidir, dentro de los términos en que el debate se desenvolvió, y que la apelación somete al tribunal *ad quem* el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio».

Respecto de la crítica que para algunos autores ha merecido la dicción del art. 465.3 (4) en el sentido de que con ello desaparece el principio de doble instancia que caracteriza a los procesos civiles, Toribio Fuentes señala que ello no es así, ya que la sentencia *a quo* contiene un fallo, sea o no motivado, con lo que hay dos sentencias, y, además la sentencia del tribunal *ad quem* no anula la anterior sino que la revoca, manteniéndose el derecho al recurso, que no es abstracto, sino que se formula con el condicionante de que si existe infracción procesal al dictar sentencia, entonces el Tribunal de Apelación ha de entrar a resolver las cuestiones que son objeto del proceso.

Por lo expuesto, la Audiencia Provincial de Barcelona procedió a revocar la resolución recurrida, declarando la competencia del Juzgado de Primera Instancia y de la propia Audiencia Provincial para conocer del procedimiento, y, de conformidad con el art. 465 LEC, asumir las funciones de instancia, entrando en el fondo y dictando nueva sentencia, resolviendo las pretensiones de las partes, sin reenviar el asunto al Juzgado *a quo*, sin que ello suponga infracción del principio de la doble instancia .

Por último, la Sentencia analiza todos y cada uno de los argumentos de la Apelante para desestimarlos, manteniendo en su integridad el Informe o Dictamen controvertido.

De todo lo narrado hasta este momento, hay una serie de puntos que suscitan interés.

i) En primer lugar, sorprende la decisión del Juzgador de Instancia porque, al menos en la narración de Hechos de la Sentencia que se comenta no hay referencia alguna a que en la impugnación del supuesto «laudo» pericial se esgrimieran por las partes argumentos basados en la acción de nulidad del laudo arbitral por alguno de los motivos contemplados en el art. 41 LA.

Debe cuestionarse, en opinión de quien esto escribe, incluso la decisión del Juzgado de Primera Instancia de calificar de Arbitraje la actuación pericial del antiguo presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas Urbanas de Barcelona y Lleida, aún en el supuesto de que ignorara —o no conociera— la modificación acordada por las partes vía e mail los días 17 y 18 de mayo de 2018 en el sentido de precisar que el experto designado determinaría finalmente el precio del arrendamiento mediante un dictamen y no en un Arbitraje.

Lo que se demanda del experto es la fijación de un precio del referido arriendo durante el período decenal intermedio de los tres en que el contrato se divide

En efecto, en el contexto que parece desprenderse de la relación entre las citadas partes, en que se establecen las reglas de un arrendamiento que ha de durar 35 años, lo que se demanda del experto es la fijación de un precio del referido arriendo durante el período decenal intermedio de los tres en que el contrato se divide, siendo su actuación como experto subsidiaria de la que inicialmente se reservaban las partes de hacerlo por sí mismas, pero sin establecer para nada que la actuación del perito implicara un procedimiento arbitral *ad hoc*, o bien uno sujeto al reglamento de una Corte de Arbitraje, de la misma manera que no se contemplan tampoco los pasos mínimos que pudieran garantizar a las partes sus derechos de defensa, contradicción e igualdad de armas.

La única mención procedimental y de efectos del «arbitrio» —que no «arbitraje»— encargado al Experto y que se desprende del Pacto 6 reproducido es que cuando dicho Experto finalice su valoración dará traslado de la misma a la arrendataria que deberá ajustar su facturación en una sola vez y a contar desde mayo de 2018.

En definitiva, la labor del Experto en esta cuestión se reconduce a la de la fijación de un precio en línea de lo que señala el art. 1447 Cc.

Es la figura que en la tradición jurídica española se ha calificado como de «Arbitrador» y que tiene su asiento normativo en el citado art. 1447 Cc así como en el 1690 del propio cuerpo legal. El primero

permite que se deje «al arbitrio de persona determinada» la fijación del precio en la compraventa. El segundo, permite que sea un tercero quien fije la cuota de liquidación entre los partícipes de una sociedad. Esta vinculación de la figura del Arbitrador a su «arbitrio», es decir a su contrastado criterio práctico en determinada materia, matiza su actuación, respecto de la del «Árbitro», que aunque tenga la misma raíz etimológica, jurídicamente se acerca más a la actuación del Juez, en la que cuenta el «juicio», es decir, la capacidad de discernir y decidir cuestiones complejas, sopesando su influencia en la decisión final que la sentencia o el laudo comportan, apoyándose en el conocimiento de la ley, de las personas o de la realidad de sus relaciones conflictivas, para llevar a cabo el proceso de subsunción que la aplicación de la ley al caso concreto representa.

Se ha señalado que la utilización del arbitrio de un tercero tiene larga presencia en nuestro derecho. La Ley 9ª del Título 5º de la Partida 5º (5) ya se refiere a esta posibilidad, que ha ido extendiendo su utilización a lo largo del tiempo, no solo al contrato de compraventa o al de sociedad, sino también a otras figuras contractuales como la valoración de una cartera de seguros en una fusión de empresas del sector, o como es el caso de la sentencia que da pie a estas reflexiones, a la determinación del precio de un arrendamiento urbano de futuro y de larga duración.

ii) En segundo lugar, también sorprende que la Sentencia que se comenta no se pronuncie en ningún momento sobre este particular, y apoye su valoración sobre las manifestaciones literales de abogados y Perito, siendo así que la actuación material del citado Perito en este caso, llámese Perito o Árbitro, es la manifestación de la apreciación de un experto sobre la evolución futura del mercado de alquiler en determinada zona, esto es una experticia encomendada a un conocedor experimentado de la materia y no propiamente un peritaje en el sentido usual del término, en que se valoran realidades tangibles, bien sean el resultado o la causa física de un daño o el valor actual de un bien.

iii) Por último, y antes de entrar en cuestiones relativas a la naturaleza y posición jurídica de los Expertos en nuestro sistema jurídico, cabe preguntarse sobre la decisión adoptada en la Sentencia al amparo del art. 465.3º LEC y si la misma conculca o no el principio de doble instancia civil.

En este sentido, es ciertamente difícil imaginar que se pueda producir una infracción procesal en el momento de dictar sentencia que no consista en falta de motivación o de congruencia, en la estimación de una excepción perentoria que implique el no conocimiento del fondo de la cuestión planteada o, por último, en la omisión de un trámite procesal como pudiera ser un defecto de notificación de la propia sentencia recurrida.

Habrá de concluirse que las razones prácticas apuntadas por la Audiencia para revocar y entrar en el fondo del asunto justifican la aplicación del art. 465.3º LEC, dado que no consta que se hubiera solicitado por la parte perjudicada la nulidad de actuaciones, ni que la misma se hubiera decretado al amparo del segundo párrafo del art. 227.2º LEC (6) .

III. LA FIGURA DEL ARBITRADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. ARBITRADOR Y ÁRBITRO

Como ha quedado señalado, el proceso de expansión de los modos alternativos de solución de

controversias no solo afecta al Arbitraje, sino también a otros, como puedan ser la transacción, la actuación de un perito o la utilización de un Arbitrador, que es, de acuerdo con autorizada opinión doctrinal (7) , una institución equiparable al «*Neutral Expert Determination*» de los sistemas anglosajones.

Es a esta figura del Arbitrador a la que nos vamos a referir, por entender que es el antecedente castizo del «Experto Determinante» y porque procede tener en cuenta las consecuencias jurídicas que en Derecho Español se derivan de la presencia y actuación en un conflicto dado de un Experto Determinante que puede equipararse, desde el punto de vista de la revisión de lo actuado por él, a un Arbitrador, es decir al arbitrio de un tercero de una parte de una relación dada.

En este sentido, la figura del Arbitrador tiene su asiento en el art. 1447 Cc así como en el 1690 del mismo cuerpo legal respecto de la designación de la parte que a cada socio corresponda en las pérdidas y ganancias de una sociedad, habiendo servido este segundo precepto para completar el art. 1447, puesto que el precepto societario citado permite la impugnación del acuerdo fijado por el tercero cuando este haya faltado de forma evidente a la equidad.

El Arbitrador puede definirse, de acuerdo con los autores citados (8) , como un tercero imparcial a quien las partes someten la determinación de un aspecto concreto de una relación jurídica que se encuentra pendiente de determinación, de naturaleza generalmente técnica y no jurídica, punto este esencial de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (9) .

Siguiendo en esta cuestión a Carrasco Perera (10) , «la integración del contrato que la actuación del Arbitrador representa no es un Arbitraje ni otro modo de resolución de conflictos, sino la contribución del mismo —que no es parte contractual— a la formación de un contrato ajeno. Como acertadamente señala este autor, el precio así fijado "vale como precio querido por las partes, o al menos, un precio que se les imputa como mutuamente aceptado, o al que se remiten recepticiamente para integrar su propio consentimiento negocial".

La consecuencia lógica de este planteamiento es que cada una de las partes implicadas en el contrato en que ha intervenido el Arbitrador puede impugnar la decisión del mismo por las causas del art. 1301 Cc, es decir, por error relevante, dolo o intimidación, o por incapacidad de prestar consentimiento. En el fondo, y siguiendo a este mismo autor citado, la decisión del tercero no es una decisión de autoridad susceptible de recurso judicial sobre el fondo o la forma, sino que la misma tendría que considerarse como declaración de parte, y en su caso, ser anulada por los vicios del art. 1301 Cc, lo que a su vez implica la anulación del contrato, algo que, por cierto, de alguna manera insinúa el propio art. 1447 Cc cuando expresa en su segundo párrafo que si el Arbitrador no pudiere o no quisiere señalar el precio, en tal caso quedará ineficaz el contrato, sin que su voluntad pudiera ser suplida por el Juez, salvo que las partes hubieran previsto una posible solución alternativa.

La doctrina española distingue, siguiendo a la legislación civil alemana e italiana, dos tipos de Arbitrio de tercero, en aplicación del art. 1447 Cc. A ello se refieren tanto Carrasco Perera como Fernández Rozas y Fernández Pérez, señalando que existiría un Arbitrio de equidad (*boni viri*) y un *Arbitrum merum* de tercero. La diferencia estriba en que en el Arbitrio boni viri se dan precisas

instrucciones al Arbitrador para que realice su tarea, y el mismo es impugnable judicialmente en los límites ya señalados del art. 1690 Cc, en tanto que el mero Arbitrio de tercero, que no se presume, de alguna manera blindaría el auto del Arbitrador, que solo sería recurrible en caso de que hubiera procedido en contra de la buena fe.

En todo caso, esta tesis no ha sido pacífica desde un punto de vista jurisprudencial, y cabe establecer que la decisión final sobre la actuación del Arbitrador ha tomado en cuenta habitualmente las circunstancias concretas del caso debatido.

No es este momento de entrar en un análisis más profundo de la figura del Arbitrador, pero sí que vale para resumir unos cuantos rasgos del mismo que deberían trasladarse a una regulación por la vía del *soft law*, en la línea de lo apuntado más arriba en ese comentario, a la instrumentación privada del Experto Determinante.

- Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la figura puede utilizarse efectivamente para cualquier contrato entre las partes que requiera en su integración definitiva una Opinión de experto que las partes puedan terminar haciendo suya.
- El segundo aspecto a considerar es precisamente ese: el Arbitrador integra la voluntad de las partes, realiza una contribución integradora al margen del contrato.
- En tercer lugar, la actuación del Arbitrador no representa una decisión de autoridad que pueda ser susceptible de recurso sobre el fondo o sobre la forma, y menos aún ha de conferírsele *per se* la posibilidad de ejecución forzosa.
- En cuarto lugar, la resolución del Arbitrador ha de referirse a un aspecto técnico y no jurídico de la relación.
- Por último, la actuación del Arbitrador, de acuerdo con la orientación que parece desprenderse de los arts. 1447 y 1690 Cc, como declaración de parte que es, debería impugnarse conforme al régimen ordinario de los vicios de la voluntad y no por razón de una discrepancia de orden cuantitativo, salvo que la misma implicara una evidente falta de equidad, en el caso del mero Arbitrio.

IV. ARBITRADOR Y ÁRBITRO. DIFERENCIAS

Las diferencias son importantes. No solo se trata de que el Árbitro es la única alternativa a un procedimiento judicial declarativo de la Jurisdicción ordinaria, y por tanto el método heterocompositivo alternativo a dicha jurisdicción más completo, en tanto que el Arbitrador es o bien un puro colaborador de las partes para integrar el contrato en fase de perfección que están intentando concluir, o bien quien, a la vista de una real o posible ruptura de una relación contractual ya existente, emite un informe sobre un aspecto técnico de la cuestión hipotética o realmente conflictiva.

También ha de tenerse en cuenta que el proceso de subsunción de la norma general en el caso

particular en que el Arbitraje consiste, exige un procedimiento también completo, pactado en gran parte de sus detalles por las propias partes y tutelado de principio a fin por la autoridad judicial competente, bien por la vía del auxilio judicial, bien por la vía de la revisión del laudo. Todo esto no ocurre en el Arbitrio prestado por un Tercero, que es un juicio puramente interno a las partes, y cuyos efectos solo se ponen de manifiesto bien por el cumplimiento de lo acordado por el Arbitrador, bien por la no aceptación por una o por ambas partes de lo establecido por aquel, con la necesidad del subsiguiente procedimiento judicial o arbitral.

Además, el Arbitraje finaliza con un Laudo, que tiene efectos de cosa juzgada y, si el Laudo no llega a dictarse de acuerdo con el art. 38 LA, la situación queda a lo que decidan las partes, en tanto que el informe del Experto no es ni puede ser cosa juzgada, sin perjuicio de que pueda exigirse su ejecución en caso de mediar un acuerdo que después pretende ignorarse y, además, si no se llega a producir el Informe del Experto, la sanción legal es la inexistencia del contrato, por cuanto que falta uno de los elementos esenciales que integran la voluntad de las partes.

Es importante aclarar que si bien Árbitro y Arbitrador son figuras jurídicas diferentes, a veces la cuestión se complica, sobre todo cuando se ha encomendado a un Tercero experto (un Arbitrador) la fijación de un aspecto técnico concreto de una relación contractual dada dentro de un arbitraje en el que dicho aspecto técnico es contencioso. El problema se plantea en los límites del Árbitro en relación con la posible modificación de los resultados de la experticia efectuada si estima que la misma ha sido obtenida mediando error o llegando a ser inequitativa.

Los poderes de un árbitro no son los de un juez y derivan directamente de la voluntad de las partes. Habrá que estar a las solicitudes concretas de las mismas expresadas en sus escritos de instrucción y conclusiones respecto de las consecuencias de una hipotética anulación del Informe del Arbitrador, bien reponiendo la situación a un momento anterior de la designación del Experto, bien ordenando la aplicación del plan alternativo previsto por las propias partes ante un hipotético fracaso de la actuación del Arbitrador, bien fijando los criterios que el mismo Arbitrador debería tener en cuenta para emitir su informe, bien, si es autorizado por las partes, determinando el propio árbitro, a la vista de los argumentos e informes técnicos de contradicción que las partes hayan aportado en el procedimiento arbitral, el punto concreto de valoración o de carácter técnico en que las partes discrepan. Pero todo ello, se insiste, si las partes arbitrales lo plantean y lo piden y ha existido a lo largo del procedimiento arbitral clara constancia de que estas facultades están dentro de la misión conferida al árbitro.

V. APROXIMACIÓN LEGAL Y APROXIMACIÓN PRIVADA AL CONCEPTO DE "EXPERTO DETERMINANTE"

Sentadas las anteriores afirmaciones en relación con la figura del Arbitrador, interesa ahora referirse al Experto Determinante como categoría específica tanto dentro del elenco de medios adecuados de solución de controversias (MASC), tal como define a todo este tipo de figuras el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 22 de abril de 2022, como posibilidad ofrecida a través de técnicas de *soft law* por las Cortes de Arbitraje u otras instituciones a

los particulares para que puedan ampliar sus opciones de análisis y resolución de conflictos.

1. Aproximación al concepto de "Experto Determinante" por parte de la legislación del Estado

Los MASC son tratados, todavía a nivel de Proyecto de Ley, como medidas que incrementen la eficiencia procesal de la Justicia, entendida no como categoría intelectual, sino como servicio a los ciudadanos.

En este sentido, el art. 4.1º del Proyecto de Ley establece que en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, y 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 del mismo Proyecto, que los define de forma muy amplia al señalar que consisten en cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a las 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.

El Proyecto de Ley en todo caso es de aplicación, de acuerdo con su art. 2, a los asuntos civiles y mercantiles que pudieran presentarse ante la jurisdicción ordinaria, incluidos los conflictos transfronterizos, quedando excluidos en cambio los asuntos de materia laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional en el que deban ventilarse, en el que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público.

Y el propio art. 4.1º señala en su segundo párrafo que se considerará cumplido este requisito de procedibilidad si se acude, entre otros medios, a la Opinión neutral de un Experto Independiente.

A las funciones propias del Experto Independiente se refiere el art. 17 del Proyecto de Ley, en sus números 1 a 5, estableciendo que las partes de una controversia podrán designar de mutuo acuerdo a un Experto Independiente que emita una Opinión no vinculante respecto a la materia objeto de conflicto, pudiendo versar su dictamen sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del Experto, estableciéndose la confidencialidad de dicho dictamen, sea el mismo anterior o concomitante con la tramitación del procedimiento judicial correspondiente.

Las partes, una vez emitida la Opinión no vinculante del Experto, 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, y en caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previsto por el art. 11 del propio Proyecto de Ley, es decir, pudiendo elevarse a público y su homologación se solicitará del Juzgado de acuerdo con el art. 12 del propio texto que se comenta. Caso de no aceptarse el dictamen por alguna o por ninguna de las partes, el Experto extenderá a cada una de ellas una certificación acreditativa del intento de acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

Respecto de la validez y eficacia del acuerdo obtenido, el art. 12 del Proyecto de Ley señala que el acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación,

el mismo será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto y, 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 pudiera plantearse en el proceso de ejecución. Para que el acuerdo tenga valor de título ejecutivo, habrá de ser elevado a escritura pública u homologado judicialmente cumpliendo las condiciones del art. 11 del mismo Proyecto de Ley.

A la vista de lo dispuesto por el Proyecto de Ley, y a expensas de lo que pueda resultar de la tramitación parlamentaria, el Experto Determinante incardinado en el proceso jurisdiccional civil parece poseer las siguientes características:

- En primer término, constituye un requisito de procedibilidad, de tal forma que no puede incoarse el oportuno proceso en tanto no se demuestre que el intento de utilización de aquel se ha llevado a cabo, con independencia de cuál haya sido el resultado.

- En segundo lugar, el Experto Independiente puede ser jurídico o técnico. No deja de sorprender la posibilidad *de lege ferenda* todavía en la legislación española de utilizar un Experto jurídico para un tema determinado antes o dentro de un proceso civil o mercantil ante un Juez fiel al principio *iura novit curia*, teniendo en cuenta además que las partes implicadas pueden contar con sus propios abogados, quienes pueden tener o no la misma opinión que el Experto, que la existencia del Experto no les impide recabar otros informes periciales jurídicos, y que además la Opinión del Experto Independiente puede llegar a ser diferente de la del propio Juzgador, en cuyo caso, cumplidos todos los requisitos de forma, cabría cuestionarse si el Juez del procedimiento en el que el Experto jurídico ha actuado procedería a la homologación de su experticia, dado que ha de comprobar su ajuste a derecho, lo que le llevaría a revisar el fondo del asunto. Supuestamente no lo debería hacer de acuerdo con lo prevenido en el art. 12 del Proyecto de Ley, salvo que pudiera estimar que en el Informe de Experto se da error o falta de capacidad en cualquiera de las partes.

- En tercer lugar, la Opinión del Experto es vinculante para las partes cuando se produce acuerdo, pero si el mismo no se produce, la virtualidad de dicha Opinión decae por cuanto que ha quedado cumplido el requisito de procedibilidad al que dicha Opinión estaba vinculada.

- En cuarto lugar, el Proyecto de Ley se orienta en el sentido de que cualquier acuerdo obtenido *extra* procesalmente pero como requisito de procedibilidad, incluyendo la Opinión del Experto, solo puede anularse por las causas que invalidan los contratos, sin perjuicio de la oposición que pudiera plantearse en el proceso de ejecución. En ello, el proyecto se sitúa en la línea del Código civil.

- En quinto término, la del Experto debidamente homologada o elevada a escritura pública tiene carácter de título ejecutivo y puede despacharse la ejecución en las mismas condiciones que otros títulos ejecutivos.

2. Aproximación al concepto de "Experto Independiente" desde el ámbito privado

Por último, no conviene olvidar que la figura del Experto Determinante tiene un amplio desarrollo en el mundo actual. El mundo empresarial y comercial del Siglo XXI, interconectado e interdependiente va más rápido que la ley en la creación de situaciones que muchas veces derivan en conflicto y que requieren de soluciones efectivas para poder seguir avanzando. La Justicia, por definición sosegada, distante, alejada de sus prácticas e inevitablemente lenta por garantista, no es la sede más efectiva para resolver diferencias o discrepancias que, analizadas en un momento inicial o, al menos temprano, pueden evitar el enconamiento de las mismas y a veces hasta la imposibilidad metafísica de ejecución de lo determinado jurisdiccionalmente (la empresa demandante o demandada ha podido entrar en liquidación en ese tiempo, o incluso ha podido desaparecer).

La incorporación por las Cortes de Arbitraje más habituales de la figura de la determinación por experto es muy frecuente. La CCI, la LCIA, la HKIAC y la Corte Internacional de Arbitraje de Estocolmo, son ejemplo de esta incorporación.

Lo resuelto por el experto puede o no terminar en arbitraje o en pleito, en función de que su experticia sea el único motivo de discrepancia entre las Partes o bien que se trate de un primer paso en un procedimiento escalonado

Es importante destacar que en este concreto aspecto, la aproximación a esta figura es doble: bien, la del experto de cualquier naturaleza (incluso legal), puesto a disposición de las Cortes para que "tercie" en cualquier asunto conflictivo entre las Partes, previa solicitud de una de ellas a la correspondiente institución arbitral y con absoluta independencia de que la intervención del experto tenga o no continuidad con un procedimiento arbitral o jurisdiccional; bien, en el ámbito de la construcción, en lo que se conoce como *adjudication* (en español, "adjudicación" probablemente sea la traducción más adecuada porque al fin el procedimiento "adjudica" en una decisión justa las consecuencias económicas de una discrepancia contractual sin dilaciones o costes irrazonables.

En uno y otro caso, la apelación al Experto o al *Adjudicator* trata de resolver una o más cuestiones preferentemente —pero no necesariamente— fácticas, surgidas de un contrato, o que son consecuencias del mismo. Las notas que caracterizan a ambas versiones del mismo concepto son las de rapidez en el procedimiento de designación del experto/adjudicador, la celeridad en el procedimiento de resolución y el compromiso de ejecución de lo acordado por las Partes, teniendo en cuenta que la determinación por experto no tiene, en muchas jurisdicciones, la protección de una ley que tutele la ejecución de lo acordado más allá del entendimiento universal del principio de que el contrato es ley entre las partes.

Otra característica es la relativa independencia conceptual del procedimiento de determinación por experto, del procedimiento arbitral o judicial que pudiera contemplarse como fórmula de resolución de conflictos en la oportuna cláusula del contrato en el que interviene el experto/adjudicador.

Efectivamente, lo resuelto por el experto puede o no terminar en arbitraje o en pleito, en función de que su experticia sea el único motivo de discrepancia entre las Partes o bien que se trate de un primer paso en un procedimiento escalonado en el que la labor del experto/adjudicador es exclusivamente la de delimitar la existencia y/o el alcance de un daño o de una pérdida de expectativas respecto de un proyecto concreto, sin entrar a valorar las consecuencias jurídicas de incumplimiento y responsabilidad que se derivan directa o consecuencialmente de la situación fáctica analizada.

Internacionalmente, la figura de experto que más desarrollo ha alcanzado ha sido la de la *adjudication* en contratos de construcción o en proyectos EPC complejos en los que intervienen distintos actores económicos y jurídicos y en los que es muy perjudicial —por no decir técnica y económicamente inviable— paralizar una obra o un proyecto en ejecución por la vía del arbitraje cuando surge una discrepancia interpretativa del propio proyecto o una reclamación sobre el alcance del trabajo o sobre los precios de las unidades, o cualquier otra reclamación económica afectante a la financiación o al coste del proyecto en marcha.

De hecho, hay determinadas legislaciones, como la de Inglaterra y Gales, que previenen la sumisión acordada por las partes al mecanismo de la *adjudication* en materia de construcción en unos términos muy ajustados, de tal manera que el incumplimiento de una de las citadas partes del compromiso adquirido implicará la aplicación automática de las disposiciones imperativas de construcción para el caso de que se trate (11) .

Una muy elaborada técnica de la *adjudication* se da en los *Dispute Adjudication Boards* (DAB) (12) propiciados para la resolución rápida de conflictos en proyectos complejos de construcción por la FIDIC (Federación internacional de ingenieros y consultores), que desde 1950, a través de sus distintos documentos (*Red Book*, *Yellow Book*, *Green Book* y *Silver Book*) (13) hasta la reforma de los mismos en 2017 ha ido afinando unos contratos modelo para la construcción de proyectos complejos (*EPC*, Turnkey —llave en mano—) que son de general utilización en este tipo de obras, documentos éstos que casi imponen la exigencia del DAAB, habitualmente como una cláusula escalonada junto con el arbitraje, al que solo cabe recurrir directamente si no se ha incorporado la cláusula de aplicación del DAAB. Para agilizar su funcionamiento, el correspondiente DAB/DAAB debe designarse antes del comienzo de las obras y no cuando comienzan a surgir las dificultades.

Como se ha señalado, los DAB/DAAB son un caso particular de determinación por experto, orientados casi que exclusivamente a obras y proyectos complejos de carácter transfronterizo, que además se adhieran a los contratos modelo de la FIDIC.

No están estos mecanismos exentos de crítica, pese a la reforma operada en 2017, básicamente centradas en las dudas que ofrece la figura del Ingeniero/Representante del Cliente, según se hable de proyectos llave en mano o de EPC. Esta figura tiene autoridad para modificar a lo largo de su construcción aspectos del proyecto que no sean sustanciales, siempre debiendo orientarse al mejor buen fin del mismo, pero de cuya verdadera imparcialidad tiende a dudar el Contratista, así como la falta de flexibilidad en los costes del procedimiento, que también es objeto de crítica.

Las Cortes de Arbitraje más progresivas y sofisticadas han venido incorporando a su oferta de servicios diversas fórmulas de utilización de Expertos Determinantes y en España este movimiento también empieza a rendir sus frutos. De hecho, la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA) ha sido pionera en el estudio de esta figura y está a punto de aprobar un reglamento que normalice esta actividad. Para llegar a sus conclusiones en esta materia CIMA ha estudiado diversos reglamentos de Cortes ya en funcionamiento (HKIAC, CCI y SCC —Cámara de Comercio de Estocolmo).

En definitiva, lo que caracteriza a los reglamentos estudiados por CIMA es la flexibilidad del concepto de "Experto" y su acomodación a las necesidades que motivan a las partes para disponer de sus servicios.

A título de ejemplo, baste señalar el enfoque de la CCI sobre este particular, que se nuclea en torno al Centro Internacional de ADR, ofreciendo tres servicios distintos relacionados con los que denomina "Peritos" y "Terceros":

1. La propuesta de Peritos y Terceros, consistente en la presentación de los nombres de uno o varios peritos o terceros neutrales a petición de una o más partes, de una Corte o de un Tribunal Arbitral.

2. Nombramiento de Peritos y Terceros: la CCI hace un nombramiento que es vinculante para las partes solicitantes.

3. Administración de procedimientos de arbitraje: la CCI procede a la búsqueda de Peritos o Terceros no solo para los procedimientos que administra la CCI, sino también para procedimientos *ad hoc* y judiciales, así como para *Adjudicators*, mediadores, evaluadores neutrales o miembros de un *Dispute Board*.

En tesis de la CCI, la simple propuesta de un perito, referida en primer lugar, puede obedecer a diversos objetivos y no limitarse a la existencia de una controversia. Puede referirse a:

— La Opinión sobre una cuestión importante en el desarrollo correcto de los negocios del solicitante.

— La facilitación de las negociaciones de las partes o del solicitante.

— La actuación del mismo como Perito en un arbitraje o en otros ADR.

En todos estos casos, la propuesta no es vinculante para la parte o partes solicitantes y la tarea de la CCI finaliza con la entrega de la propuesta.

En caso de controversia, las partes pueden desear que la CCI nombre un perito que resuelva un asunto en particular, o las partes pueden haber acordado el procedimiento de resolución, pero no la persona que desempeñe el papel, por ejemplo, de mediador. En este caso, el nombramiento de la CCI es vinculante para las partes y la tarea del Centro termina al finalizar el proceso de nombramiento, no extendiéndose a la administración del procedimiento de peritaje correspondiente, que está sujeto a un reglamento distinto.

Finalmente, cuando surgen divergencias o una determinada controversia, las partes pueden desear que un perito formule conclusiones sobre determinados asuntos. La CCI "está disponible" para supervisar el procedimiento de peritaje completo. En este caso, nombra o confirma el Perito designado por las partes y supervisa el procedimiento, incluyendo tareas como la coordinación entre las partes y el Perito, el seguimiento de los plazos, la supervisión de los costos y, salvo que se excluya explícitamente, el examen del Informe Pericial, así como la notificación del mismo a las partes.

La aportación que pueden hacer las Cortes de Arbitraje en el campo de la *expert determination* es el de ampliar su oferta, concretando los rasgos de la figura del Experto, separándola de la figura del Árbitro y del procedimiento arbitral como lugar inevitable de su desenvolvimiento

Interesa subrayar en este punto que el Reglamento señala textualmente que "las conclusiones del perito pueden ser útiles para las partes en las negociaciones para alcanzar un acuerdo que resuelva su controversia o sus divergencias. Aunque en principio no son vinculantes, las partes pueden acordar, si así lo desean y conforme a la ley aplicable, otorgar a las conclusiones del perito el poder de un dictamen pericial contractualmente vinculante".

La CCI recomienda a las partes que quieran que la CCI nombre un Perito o Tercero que administre un procedimiento de peritaje, que lleguen a un acuerdo previo en este sentido.

El ejemplo citado ilustra muy bien la riqueza de posibilidades que se pone a disposición de los particulares, disponibilidad estructurada a través de un Centro de Resolución de Controversias paralelo a la Corte Internacional de Arbitraje, de las normas un Reglamento de Nombramiento de Peritos y Terceros, de las del Reglamento sobre la Administración de Procedimientos de Peritaje y de una serie de peritos y terceros disponibles, además de los que puedan presentar los propios particulares.

En definitiva, el trabajo y la aportación que pueden hacer las Cortes de Arbitraje en este campo de la *expert determination* es el de ampliar su oferta, concretando los rasgos de la figura del Experto, separándola de la figura del Árbitro y del procedimiento arbitral como lugar inevitable de su desenvolvimiento y, con ello, dar respuesta a las diversas necesidades que los particulares, en sus relaciones comerciales con terceros, puedan sentir, ofreciendo nuevos servicios profesionales imparciales, independientes y competitivos que permitan atender aquellas necesidades citadas. Y, además, algo que no es menos importante: las Cortes pueden amparar con su normativa de selección de expertos y procedimientos de peritaje o experticia una especie de estado del arte de esta función, aplicando las mejores prácticas ya adoptadas para el arbitraje y desempeñando un papel de prescriptoras de *soft law* semejante al que también se les reconoce en el propio arbitraje.

En este sentido, y a ejemplo de lo que representan en el arbitraje las Reglas IBA sobre posibles conflictos de interés e imparcialidad de los intervinientes en un procedimiento arbitral o las que se refieren a la práctica de las pruebas, o bien las normas sobre buenas prácticas en relación con todos los aspectos del arbitraje publicadas por el Club Español del Arbitraje, el efecto puede ser semejante si nos referimos a reglas "normativas" parecidas que puedan establecerse en materia de Expertos Determinantes. Las reglas no constituyen derecho positivo en sentido estricto, pero son entendidas por los tribunales que revisan los laudos arbitrales como "ley entre las partes" porque integran el acuerdo de arbitraje al haber sido aceptadas por las partes arbitrales para regir sus controversias.

Es cierto que la Opinión de un Experto Determinante no tiene los efectos de cosa juzgada como la que acompaña al laudo arbitral, ni tampoco valdría para despachar ejecución salvo que se homologara o se elevara a escritura pública dentro de un proceso civil —ello cuando se apruebe el Proyecto de Ley referido al comienzo del presente texto—, pero no es menos cierto que la Opinión así obtenida al amparo de una Corte que vigila el procedimiento desde su inicio o solicitud, le da a la misma una solidez y consistencia a la que, en términos prácticos, no cabrá oponerse por vagas disquisiciones sobre si se la citada Opinión es un mero arbitrio o un arbitrio *boni viri*, o por la argumentación más o menos precisa de los vicios del consentimiento que presuntamente acompañarían a la misma, sino solamente por razones de fondo que pudieran llegar a demostrar que el Experto incurrió en error material al formular su Opinión dentro de un *due process* de información, análisis e inspección delas circunstancias que han motivado la solicitud de la citada Opinión.

Ello incuestionablemente facilita una cierta unificación en la tarea de los tribunales de la tarea de revisión de la Opinión, bien en sede arbitral bien en sede jurisdiccional, en las que la comprobación del respeto a la igualdad de armas y del principio de contradicción entre las partes implicadas debería ser suficiente para validar la emisión de tal Opinión sin perjuicio del análisis y valoración de las cuestiones de fondo que aquella pudiera plantear bien por razón de error, de extralimitación, de no haber cubierto todos los extremos solicitados o por ser claramente inequitativa.

VI. CONCLUSIONES

Antes de hacer una reflexión sobre las conclusiones que podrían obtenerse de todo lo hasta ahora escrito, es preciso señalar que la figura del Experto Determinante, tal como está tratada por las instituciones arbitrales y camerales internacionales que se han ocupado de la misma, responde a la actuación de alguien conocedor profesional de una determinada materia, que ha de resolver sin conocer otros antecedentes ni entrar en otras consecuencias que los que, respectivamente, han llevado a la situación que el Experto debe valorar o a las que se deriven directamente de la situación creada. El Experto valora situaciones de hecho y no valora conductas, sino que se limita a exponer causas y consecuencias de la situación creada.

Es importante acotar la figura del Experto por cuanto que, con independencia de decisiones ulteriores de las partes respecto de la Opinión que el mismo emita, no debe confundirse ni con la de un Perito judicial o procesal de parte, y menos aún con la de un Árbitro, salvo que, naturalmente, las partes se vinculen de común acuerdo al resultado de su experticia. En este último caso, el Experto se

convierte en Árbitro y la cuestión que ha de plantearse por quienes así lo deciden es la de si el Experto reúne las condiciones de idoneidad, aparte de las profesionales, para emitir una decisión que puede terminar siendo más compleja que la que inicialmente previeron las partes, así como si el procedimiento acordado para la emisión de la Opinión proporciona las mismas garantías que un Arbitraje. De ahí que no sea recomendable poner en manos de un Experto la resolución de situaciones o circunstancias que van más allá de su perfil técnico.

Por último, aunque el Experto pueda incluso ser un Experto jurídico, tiene más sentido circunscribir la actuación del Experto a cuestiones técnicas y no jurídicas, dado lo extraordinariamente opinable de las mismas y el hecho de que tales opiniones jurídicas pueden ser discrepantes de aquellas que utilice el Juzgador o el Árbitro en Derecho que valore la Opinión del Experto. En el fondo, la Opinión de un Experto jurídico es un dictamen jurídico, y como tal, opinable y criticable, y por ende, difícil de aceptar por quienes ven contrariadas sus propias opiniones.

En definitiva, como conclusiones de lo hasta aquí señalado cabría establecer las siguientes:

En primer término, no deja de ser sorprendente en la Sentencia analizada de la Audiencia Provincial de Barcelona que el Tribunal de Primera Instancia calificara la actuación del Perito inmobiliario como Arbitraje y que se considerara objetivamente incompetente para la anulación de la actuación llevada a cabo por el citado perito, aún en el caso de que la precisión de las partes calificando la actuación del perito como Informe y no como Laudo no hubiera existido. Ni la encomienda al Perito puede calificarse como una cláusula arbitral, ni existe —al menos no se hace constar en la Sentencia, que hubiera existido— un procedimiento contradictorio entre las partes para sostener sus posturas enfrentadas, ni tampoco se ha planteado la anulación del Informe por una de las razones del art. 41 LA.

Tampoco parece que la propia Audiencia Provincial haya hecho un gran esfuerzo interpretativo en relación con la incompetencia decidida, limitándose a señalar la literalidad de las afirmaciones de las partes para descartar la existencia de un procedimiento de arbitraje. Se echa de menos algún razonamiento que diferencie a Árbitro y a Arbitrador.

Por último, la aplicación del art. 465.3º LEC, fijando la cuantía de la renta a satisfacer por el arrendatario, también podría suscitar algún reparo porque en el supuesto debatido no se han dictado propiamente dos fallos, sino uno solo, ya que el Juzgado de Primera Instancia se limitó a una declaración de incompetencia para juzgar sobre la cuestión de fondo —el cálculo del precio del arrendamiento— lo que difícilmente se puede considerar un verdadero fallo sobre la materia controvertida puesto que la remitió a la decisión de un Tribunal distinto, que además se hubiera debido limitar a mantener o a anular el "Arbitraje" del Experto inmobiliario. El verdadero fallo —en sustitución de la Primera Instancia— es el que dicta la Sección de la Audiencia Provincial. No es lo mismo anular una declaración de incompetencia por razón del objeto, que, por ejemplo, hacerlo por una excepción material que habría impedido al Tribunal *a quo* abstenerse de resolver sobre el fondo. Ahí sí habría habido un verdadero fallo. De alguna manera con la decisión de la Audiencia Provincial entrando en el fondo de la cuestión se hurta a las partes el debate sobre la prueba relativa a la adecuación del Informe del Perito a las condiciones exigidas para la emisión del mismo, si bien se

hace por muy adecuadas razones de economía procesal.

En segundo lugar, la figura del Experto Determinante tiene en el Derecho Civil español una configuración escasa y fragmentaria que le acerca más a otras referencias de nuestro Código a la figura del "tercero" a una relación jurídica determinada, configuración que cristaliza en la determinación del precio de la compraventa o en la fijación de la cuota de liquidación de las ganancias sociales en una sociedad civil, que ha llevado doctrinal y jurisprudencialmente a la diferenciación entre el "mero arbitrio" y el *arbitrio boni viri* con una doble vía de posible responsabilidad del Arbitrador, bien por vicios en el consentimiento, bien por falta clara de equidad. Es una regulación antañona poco útil para servirse de ella y que, cuando se somete al escrutinio judicial o arbitral, genera serias dudas interpretativas.

En efecto, ¿por qué la clara inequidad tiene que anular el juicio del Arbitrador si la misma se fundamenta en pactos previos de las partes que no fueron tachados de inequitativos? Por ejemplo, cuando un socio impone a otro al que ha adquirido una parte de la sociedad tenida en común una multa coercitiva en caso de competencia desleal contra la propia sociedad, sanción que se concreta en la reducción de la valoración de la participación del infractor en las ganancias sociales comunes a determinar por un experto, ¿cabe calificar de inequitativa la apreciación del citado experto que reduzca drásticamente la cantidad a percibir por el socio infractor? Ello teniendo en cuenta que reiteradísima jurisprudencia ha avalado la existencia y exigibilidad de multas coercitivas de extraordinaria cuantía en esta materia concurrencial, en la que el supuesto que faculta a la exigencia de la multa es el puro ejercicio de la competencia prohibida, por aplicación de la doctrina *in re ipsa*.

En tercer lugar, en sede *de lege ferenda*, se reconoce la figura del Experto dentro de las medidas tendentes a hacer más eficiente el servicio de la justicia, es decir, del servicio público que la Justicia debe ofrecer para ser verdaderamente garante y eficaz. La figura del Experto Determinante se convierte en uno de los medios aptos para cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción civil incoada. Es un avance y sin duda es recomendable siempre un esfuerzo de evitación del litigio en ciernes pero la experiencia parece señalar que cuando se llega a ese litigio en casos de cuantías importantes, con posiciones enconadas en las que varias vías de negociación han sido agotadas y es difícil que una más prospere, no parece que el Experto definido en el Proyecto sea capaz de hacer otra cosa que decantarse por una de las posturas enfrentadas o por uno de los informes previos de valoración preparados por las propias partes. El Experto, dentro del proceso judicial tiene más limitado su campo de juego, condicionado por los términos en que la demanda se articule.

En cuarto lugar, el papel del Experto se amplía si se utiliza con mucha flexibilidad por las partes interesadas, bien antes del ejercicio de acciones civiles judiciales o arbitrales, bien si se utiliza con independencia de un posible pleito o arbitraje futuro. Desde el punto de vista de los potenciales usuarios de los servicios de un Experto el concepto clave es la flexibilidad. Puede ser utilizado para evitar, para iniciar o para terminar un litigio o arbitraje, o también para conocer las circunstancias de todo orden afectantes a una situación creada, evolucione o no en pleito o en arbitraje, mediación o amigable composición. Lo fundamental en esta cuestión es lo que decidan las partes que concurren a este Experto.

En quinto lugar, la "contenciosidad" de la actuación del Experto Independiente se reduce drásticamente si dicha actuación viene reforzada por dos circunstancias muy necesarias: en primer término, que las instrucciones al Experto sean muy precisas en cuanto al contenido y límites de su Opinión; y en segundo término, que quede meridianamente claro el objeto y la finalidad para los que la Opinión se solicita, bien sea la pura información experta que la Opinión brinda, bien sea el compromiso de actuar conforme a lo que dicha Opinión señala, bien sea su utilización en un posterior en un procedimiento arbitral o contencioso, así como la posibilidad de que el Experto que ha emitido la Opinión pueda o no actuar posteriormente en el proceso judicial o arbitral abierto.

En sexto lugar, es evidente que, ante la parca regulación legal de la figura que se ha venido en llamar Arbitrador, tiene mucha utilidad disponer de unas normas de *soft law* que garanticen la independencia, imparcialidad e inexistencia de conflictos en la persona del Arbitrador o Experto, así como la limpieza del procedimiento y garantías de las partes implicadas en el mismo, por cuanto que la experiencia enseña que estas normas de *soft law*, cuando son debidas a instituciones camerales o arbitrales prestigiosas , son plenamente respetadas por los Tribunales que pueden terminar valorando la licitud o invalidez de la Opinión expresada. Ello, además, tiene la ventaja práctica de circunscribir la crítica de la Opinión del Experto a límites muy precisos, básicamente referidos al error sustancial en la emisión de su pericia, lo que aleja —en virtud precisamente de la garantía que ofrecen las instituciones que avalan la actuación del Experto— planteamientos alusivos a conductas tóxicas vinculadas al dolo, a la intimidación o a la falta de capacidad en la emisión de la Opinión.

Ello tiene importancia porque el sometimiento de la Opinión del Experto al escrutinio judicial, cuando dicha Opinión no está avalada u homologada por una institución profesional que cuida con la debida diligencia las prácticas que tutela, puede abrir la valoración del juicio emitido por el Experto a indeseadas consecuencias que deriven en dilaciones procesales inevitables.

En séptimo lugar, la figura del Experto, heredero del Arbitrador, debe ser tratada de acuerdo con las exigencias de autonomía y sustantividad exigibles por la economía global en la que los métodos alternativos de resolución de conflictos (MASC/ADR) se mueven. En el fondo, un Experto es alguien designado para facilitar bien una solución, bien un marco de actuación en un procedimiento distinto en que la solución se busca, y para ello debe contar con el respeto por su trabajo que ha de exigirse a todos los intervinientes en el proceso de emisión de la Opinión del Experto, así como a los que después deben valorarla, procesal o extraprocesalmente, como siempre ocurre en relación con las instituciones que se rigen por las normas de *soft law*, con las que las partes integran su voluntad de conocer los hechos y de buscar soluciones a las situaciones jurídicas o fácticas creadas.

(1) [<https://fernandezrozas.com/2022/07/04/las-partes-expresaron-en-su-contrato-someterce-a-un-dictamen-y-no-a-un-arbitraje-por-tanto-corresponde-al-juzgado-determinar-su-eventual-nulidad-sap-barcelona-13a-7-abril-2022/>].

Ver Texto

(2) MASC: Medios alternativos de resolución de conflictos, titulados así en el Proyecto de Ley de mejora del servicio de la Justicia. ADR: Alternative Dispute Resolution. Métodos alternativos de resolución de disputas.

Ver Texto

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015, n.º 198/2015, rec. 611/2013

Ver Texto

(4) Comentario al art. 465 LEC de R. Francisco Salinero, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*» (F. Toribio Fuentes, dir.), *Lex* Nova 2010, p. 792.

Ver Texto

(5) Ley 9ª, Título 5º, Partida 5ª. «*Si el comprador y el vendedor se avienen en otro ome alguno, metiéndole en su mano, que el señalase el precio, por cuanto sea vendida la cosa, entonces señalando el precio, aquel en cuya mano lo ponen, valdría la vendida*».

Ver Texto

(6) Art. 227.2º segundo párrafo LEC: «En ningún caso podrá el tribunal con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

Ver Texto

(7) J.C. Fernández Rozas y A. Fernández Pérez *Máster de estudios superiores de arbitraje (2019/2020), Derecho arbitral — Parte general, módulo primero*, «Introducción al Derecho arbitral», pp. 16 y 17.

Ver Texto

(8) *Op. cit*.

Ver Texto

(9) SSTS 10 de marzo de 1986 y 29 de noviembre de 2000.

Ver Texto

(10) A. Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters 2012, parte I: cap. 6, «El objeto del contrato: III. El arbitrio de un tercero en la determinación del objeto de un contrato», páginas 259 y siguientes.

Ver Texto

(11) G. Housing, *Construction and Regulation Act 1996* (HGRCA 1996), en relación con SI 1998 No. 649 del Scheme for Construction Contracting (England and Wales) Regulation.

Ver Texto

(12) Hoy día llamados «*Dispute Adjudication/Avoidance Boards*» (DAAB), por cuanto que incluyen la labor preventiva de evitación de la disputa.

Ver Texto

(13) El *Red Book* se refiere al contrato de construcción, el *Yellow Book* a la modalidad *Design and Build*, el *Green Book* des un modelo abreviado de contratos de construcción y el *Silver Book* se aplica a los contratos EPC/Llave en mano.

Ver Texto

Avances en el proceso de elaboración de un Código de Conducta para decisores en controversias internacionales de inversión: uno de los principales instrumentos de la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados

Developments in the elaboration process of a Code of Conduct for adjudicators in international investment disputes: one of the main instruments of the reform of the investor-State dispute settlement system

La elaboración de un Código de Conducta para árbitros y jueces ha sido uno de los temas prioritarios del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que tiene por mandato reformar el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). El presente artículo describe brevemente los antecedentes que dieron lugar a la elaboración del Código de Conducta y del Comentario y ofrece una visión general de su contenido y de los avances en su proceso de elaboración, incluyendo las últimas aclaraciones y observaciones más relevantes de las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI, así como de los Estados y otras partes interesadas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Código de Conducta para árbitros y jueces

The elaboration of a Code of Conduct for arbitrators and judges has been one of the priority topics of Working Group III of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), which is mandated to reform the investor-state dispute settlement (ISDS) system. This article briefly describes the background that led to the elaboration of the Code of Conduct and the Commentary and provides an overview of its contents and the progress in its elaboration process, including the latest clarifications and most relevant comments from the UNCITRAL and ICSID Secretariats, as well as from States and other interested parties.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Reform of the Investor-State Dispute Settlement system (ISDS), Code of Conduct for arbitrators and judges.

Adriana Pérez-Gil

Asociada, Van Bael & Bellis (1)

I. INTRODUCCIÓN

Junto con la creación de un tribunal permanente de inversiones, la elaboración de un Código de Conducta para árbitros y jueces ha sido uno de los temas prioritarios del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que tiene por mandato reformar el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) (2) .

Durante el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, que se llevó a cabo en Viena del 5 al 16 de septiembre de 2022, se discutió la cuarta versión del proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales de Inversión (3) (Código de Conducta), así como el proyecto inicial de Comentario al Código de Conducta (Comentario) (4) , que las Secretarías de la CNUDMI y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) comenzaron a elaborar de manera conjunta desde 2019.

Como parte del proceso de elaboración del Código de Conducta y del Comentario, las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI han bienvenido y tomado en consideración las observaciones de Estados y partes interesadas en su elaboración. La cuarta versión del Código de Conducta y el Comentario recibieron alrededor de 15 observaciones por parte de Estados, organizaciones y otras partes interesadas. Las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI consolidaron las observaciones recibidas hasta el 21 de octubre de 2022 en dos documentos (5) que servirán para continuar desarrollando las versiones finales del Código de Conducta y del Comentario y que pretenden ser sometidas a la aprobación de la CNUDMI en 2023.

II. ANTECEDENTES

En 2017, la CNUDMI encomendó a su Grupo de Trabajo III la tarea de identificar las preocupaciones relacionadas con el sistema SCIE y de desarrollar posibles soluciones a éstas (6) . Durante el 37º período de sesiones que se llevó a cabo en Nueva York del 1 al 5 de abril de 2019, el Grupo de Trabajo III observó que una de las principales preocupaciones derivadas del sistema SCIE era la falta real o aparente de independencia e imparcialidad de los árbitros integrantes de los tribunales del sistema SCIE y destacó la importancia de que éstos, al igual que los miembros del tribunal permanente de inversiones, estuvieran sujetos al cumplimiento de un código de conducta. Por lo anterior, el Grupo de Trabajo III instruyó a la Secretaría de la CNUDMI la tarea de preparar, junto con el CIADI —con la finalidad de desarrollar soluciones armonizadas—, un Código de Conducta preferentemente universal y vinculante, que pueda aplicarse tanto al sistema actual de SCIE, como en caso de una eventual reforma estructural a ese sistema (7) .

Debido a lo anterior, las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI iniciaron la labor de preparar de manera conjunta un Código de Conducta aplicable a árbitros, jueces y otros tipos de decisores (8) . A la fecha, las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI han preparado cuatro versiones del Código de Conducta que han sido discutidas en el marco de las reuniones formales e informales del Grupo de Trabajo III. Cada una de estas versiones ha incorporado observaciones y nuevas propuestas sobre la versión anterior.

La cuarta versión del Código de Conducta no es muy extensa, contiene 11 disposiciones aplicables a los árbitros, jueces y candidatos en procesos que se entablen para dirimir una controversia internacional relativa a inversiones (CII) o cualquier otra controversia que acuerden las partes

Notablemente, durante el 41er período de sesiones que se llevó a cabo en Viena del 15 al 19 de noviembre de 2021, el Grupo de Trabajo III instruyó a las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI a preparar un Comentario que debería acompañar al Código de Conducta para aclarar el contenido de sus disposiciones, así como para describir sus consecuencias prácticas y ejemplos (9) . El primer proyecto de Comentario fue distribuido por las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI en agosto de 2022 y fue revisado por el Grupo de Trabajo III durante el 43º período de sesiones, junto con la cuarta versión del Código de Conducta.

III. CONTENIDO DE LA CUARTA VERSIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA Y DEL COMENTARIO

La elaboración del Código de Conducta se ha basado, entre otros, en un análisis comparativo de los estándares contenidos en los códigos de conducta que forman parte de los acuerdos de inversión y otras disposiciones aplicables al sistema de SCIE, así como en los códigos de conducta aplicables a otros tribunales internacionales. Adicionalmente, su elaboración ha estado basada en una serie de análisis realizados conjuntamente por las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI, particularmente, en el análisis reflejado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.167 (10) , que contiene los elementos principales que ambas organizaciones consideran deben formar parte del Código de Conducta. Finalmente, la cuarta versión del Código de Conducta refleja el resultado de las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo III sobre las primeras tres versiones que fueron publicadas respectivamente en mayo de 2020, abril de 2021 y septiembre de 2021. Las principales deliberaciones se llevaron a cabo en el marco del 41er y 42º período de sesiones.

La cuarta versión del Código de Conducta no es muy extensa, contiene 11 disposiciones aplicables a los árbitros, jueces y candidatos en procesos que se entablen para dirimir una controversia internacional relativa a inversiones (CII) o cualquier otra controversia que acuerden las partes. Las principales obligaciones se encuentran en los artículos 3 a 11, que establecen obligaciones tales como independencia e imparcialidad (art. 3), límite respecto de la multiplicidad de funciones (art. 4), deber de diligencia (art. 5), integridad y competencia (art. 6), comunicación ex parte (art. 7), confidencialidad (art. 8), honorarios y gastos (art. 9), obligación de revelar información (art. 10) y cumplimiento del Código de Conducta (art. 11). Asimismo, el Código de Conducta contiene un artículo de definiciones (art. 1) y un artículo que regula el ámbito de aplicación de este (art. 2). Cada una de las disposiciones del Código de Conducta viene acompañada de una nota que las Secretarías de CNUDMI y del CIADI han preparado para facilitar el trabajo y la toma de decisiones del Grupo de Trabajo III.

Por su parte, el Comentario aclara el contenido de cada uno de los artículos del Código de Conducta y proporciona supuestos que ejemplifican el ámbito de aplicación de las obligaciones.

El siguiente apartado describe brevemente las disposiciones más relevantes del Código de Conducta. Asimismo, ofrece una visión general de sus alcances y de los avances en su proceso de elaboración a la luz de las últimas aclaraciones contenidas en el Comentario de la Secretarías de la CNUDMI y del CIADI, así como de las observaciones de diversos Estados y otras partes interesadas recibidas hasta el 21 de octubre de 2022.

IV. PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL CÓDIGO DE CONDUCTA A LA LUZ DEL COMENTARIO Y OBSERVACIONES DE PARTES INTERESADAS

1. Ámbito de aplicación, prevalencia de otros instrumentos y obligaciones de los árbitros y jueces respecto del cumplimiento del Código de Conducta por parte de sus asistentes. El art. 2 (Aplicación del Código) establece el ámbito personal de aplicación, la relación del Código de Conducta con otros instrumentos y la observancia del Código de Conducta por parte de los asistentes de los árbitros o jueces. Con relación al ámbito personal de aplicación, el art. 2 establece que el Código de Conducta será aplicable a árbitros, jueces y a candidatos a árbitros y jueces que participen en un proceso de CII u otro tipo de controversias en las que las partes acuerden aplicar el Código de Conducta. Por virtud de esta disposición y a la luz de las definiciones de árbitro, juez y candidato previstas en el art. 1, se entiende que las obligaciones del Código de Conducta estarían también sujetas a un ámbito temporal de aplicación (*i.e.* mientras el árbitro sea miembro de un tribunal arbitral o de un Comité *ad hoc* del CIADI o mientras el juez sea miembro de un mecanismo permanente, por ejemplo, el tribunal permanente de inversiones). Por lo que respecta a la relación del Código de Conducta con otros instrumentos, el art. 2 establece la prevalencia de las disposiciones del instrumento del que emane el consentimiento para dirimir una CII en caso de discrepancia entre el Código de Conducta y dicho instrumento. Finalmente, el art. 2 requiere a los árbitros y jueces adoptar todas las medidas razonables para que sus asistentes conozcan y cumplan con el Código de Conducta.

En relación con la posibilidad de aplicar el Código de Conducta a «otro tipo de controversias», el Comentario precisa que no existe una presunción de que el Código de Conducta aplique a controversias distintas de las CII, por lo que será necesario que las partes realicen acuerdos por escrito para su eventual aplicación a otro tipo de controversias. En sus observaciones al Comentario, la Unión Europea y Singapur expresaron que este otro tipo de controversias debería incluir las controversias entre Estados (11) .

Por lo que respecta al deber de los asistentes de «cumplir con el Código de Conducta», el Comentario aclara que la obligación le incumbe al árbitro o juez, quien será responsable de destituir al asistente en caso de incumplimiento. No obstante, durante las deliberaciones del 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III consideró que la frase «cumplir con el Código de Conducta» generaba la impresión de que el Código de Conducta le sería directamente aplicable a los asistentes de los árbitros o jueces, por lo que se instruyó a las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI precisar con más detalle el alcance de esta disposición, así como determinar cuáles de las obligaciones serían

realmente relevantes para los asistentes.

2. Independencia e imparcialidad. El art. 3 (independencia e imparcialidad) prevé probablemente uno de los más importantes deberes de los árbitros y jueces —y una de las mayores preocupaciones del sistema SCIE—, la independencia e imparcialidad. Este artículo establece que la independencia e imparcialidad incluye, entre otras obligaciones, la de no dejarse influir por lealtad a una parte litigante; no seguir instrucciones de ninguna organización, gobierno o persona; no utilizar su posición para favorecer intereses económicos o personales; no adoptar ninguna medida que cree la apariencia de falta de independencia o imparcialidad.

Cabe mencionar que la versión cuarta del Código de Conducta mantenía una propuesta para precisar el alcance del ámbito temporal de aplicación de esta disposición. No obstante, durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III acordó eliminar esta precisión al considerar que no era necesaria por virtud del alcance de las definiciones del art. 1. El Comentario precisa que, en el caso de los árbitros, la obligación es continua desde el momento de su designación y se extiende hasta la terminación de sus funciones y que, en el caso de los jueces, la obligación permanece hasta el final de su mandato (12) . En sus observaciones al Comentario, Corea ha recomendado ilustrar los diversos supuestos de terminación de mandato de un árbitro o juez, incluyendo la cesación en caso de suspensión o retraso del procedimiento. Esto último para precisar el ámbito de aplicación temporal de esta disposición (13) .

Adicionalmente, el Comentario precisa que el término «independencia» se refiere a la ausencia de control externo, en particular a la ausencia de relaciones con una de las partes que pueda influenciar la decisión de un árbitro o juez, y que el término «imparcialidad» significa la ausencia de parcialidad o predisposición de un árbitro o juez frente a una parte o cuestión planteada en el procedimiento. Asimismo, el Comentario aclara que las obligaciones descritas en el artículo no son exhaustivas y solo ejemplifican la falta de independencia y parcialidad (14) .

Finalmente, en las observaciones al Comentario, algunas partes interesadas han recomendado que el Código de Conducta se refiera explícitamente a las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2014) que se aplican con frecuencia en las SCIE (15) .

3. Límite respecto de la multiplicidad de funciones. El art. 4 (Límite respecto de la multiplicidad de funciones) tiene por objetivo regular lo que en el sistema de SCIE se conoce como «*double-hatting*», y que se define comúnmente como la práctica por la cual un individuo actúa simultáneamente, o dentro de un corto período de tiempo, en dos roles diferentes en procedimientos de SCIE (por ejemplo, ejerciendo simultáneamente como árbitro y como abogado en procedimientos distintos). Debido a esto, el art. 4 establece límites a los árbitros y jueces en el desempeño de diversas funciones, particularmente aquéllas que pudieran estar relacionadas con un proceso de CII u otro proceso relacionado con las mismas medidas, partes, etc. Esta disposición establece obligaciones distintas para para los árbitros y para los jueces, que pueden ser derogadas por el acuerdo de las partes. En particular, destaca que los jueces del tribunal permanente no podrán ejercer ninguna función política ni administrativa durante su encargo.

El Comentario precisa que este artículo no impone una restricción absoluta a roles distintos y que será aplicable solo en los supuestos en los que otros procesos de CII compartan ciertas cuestiones comunes. Asimismo, el Comentario aclara los alcances de los términos «mismas medidas», «mismas partes», etc. (16)

Durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III discutió una variedad de cuestiones relacionadas con los alcances de la terminología empelada en esta disposición, que se considera podrían dar lugar a interpretaciones muy estrictas y a prohibiciones absolutas que podrían entorpecer el funcionamiento del sistema SCIE. Asimismo, se discutió si esta disposición debería ser o no derogada por acuerdo entre las partes y estar sujeta a un determinado período (por ejemplo, a un período de 3 años a partir de la conclusión de un proceso de CII). Como resultado de las deliberaciones, las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI continuarán desarrollando y precisando el contenido de esta disposición (17) .

En las observaciones al Código de Conducta y al Comentario, Argentina, Armenia, Colombia, la Unión Europea, Corea, singapur, Turquía, así como otras partes interesadas presentaron diversas observaciones externando su apoyo a esta disposición, pero también ciertas inquietudes por el alcance de la terminología empleada (18) .

4. Deber de diligencia. El art. 5 (Deber de diligencia) establece obligaciones distintas para el desarrollo de las funciones de los árbitros y jueces. El deber de diligencia de los árbitros contiene obligaciones tales como la de cumplir con sus obligaciones diligentemente, dedicar suficiente tiempo al proceso y dictar todas las decisiones oportunamente, rechazar obligaciones concurrentes y no delegar su función decisoria. Por su parte, el deber de diligencia de los jueces estará sujeto a los términos de su mandato.

El Comentario precisa que el tiempo que necesite un árbitro para dictar sus decisiones oportunamente puede diferir, dependiendo de la complejidad factual y legal del proceso de CII. Asimismo, aclara que el asistente de un árbitro puede preparar un borrador preliminar de una decisión siempre y cuando el árbitro hubiera revisado y determinado efectivamente todos los elementos de esa decisión (19) . En las observaciones al Código de Conducta y al Comentario, una de las partes interesadas observó que las obligaciones de diligencia podrían dar lugar a la recusación excesiva de árbitros (20) .

Durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III acordó eliminar la referencia a obligaciones concurrentes, así como la obligación de no delegar funciones decisorias. Esta última sería incorporada en la obligación del art. 6 (Integridad y competencia). Asimismo, el Grupo de Trabajo III solicitó a las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI aclarar en el Comentario que el deber de diligencia incluía el deber de los candidatos de «estar disponible para llevar a cabo sus funciones», y de lo contrario no aceptar su designación (21) .

5. Integridad y competencia. El art . 6 (Integridad y competencia) prescribe el deber de integridad y competencia de los árbitros y jueces. Particularmente, el de conducir los procedimientos de manera competente y conforme altos estándares de integridad, equidad y civilidad; así como de mantener

las cualidades, aptitudes y conocimiento necesarios para cumplir con sus obligaciones.

La cuarta versión del Código de Conducta proponía que este artículo le fuera también aplicable a los candidatos. Sin embargo, durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III acordó eliminar esta referencia en virtud de lo establecido en el art. 11 y del acuerdo en el art. 5 mencionada anteriormente (22) .

6. Comunicación ex parte . El art. 7 (Comunicación *ex parte*) establece la prohibición general para árbitros, jueces y candidatos de sostener comunicaciones con alguna de las partes litigantes sin presencia de la otra. En el caso de los jueces, se prohíbe la comunicación ex parte; mientras que, en el caso de los árbitros, la disposición establece ciertas excepciones, por ejemplo, se permiten las comunicaciones con la finalidad de determinar la experiencia, competencia, disponibilidad, y la existencia de posibles conflictos de interés.

El Código de Conducta define como comunicaciones *ex parte* a «*toda comunicación de un candidato o decisor con una parte litigante, su letrado patrocinante, filial, subsidiaria u otra persona conexa en relación con la CII, sin la presencia o conocimiento de la otra parte o partes litigantes*» (23) .

Durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III observó la necesidad de establecer una regla más precisa en la que se aclararan las circunstancias en las que las que se permitirían las comunicaciones ex parte (24) .

7. Confidencialidad. El art. 8 (Confidencialidad) establece obligaciones de confidencialidad para los árbitros , jueces y candidatos, incluyendo la prohibición general de no divulgar o utilizar información relacionada con un proceso CII.

El Comentario precisa que esta prohibición no es aplicable si la información es pública, excepto en el supuesto de que su divulgación se haya hecho en violación de una regla o tratado, o por acuerdo de las partes en una controversia (25) . Durante el 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III solicitó revisar el leguaje de esta disposición para que refleje explícitamente que «*[a] menos que lo permitan las normas o tratados aplicables o el acuerdo de las partes, un Candidato o un Decisor no divulgará ni utilizará ninguna información relacionada con, o adquirida en relación con, el proceso de CII.* » (26)

Adicionalmente, el Grupo de Trabajo consideró que, en general, debía prohibirse a un árbitro formular observaciones sobre una decisión adoptada en un procedimiento de CII en el que participara, mientras el procedimiento estuviera en curso o fuera objeto de un procedimiento de revisión. Notablemente, el Grupo de Trabajo III consideró que, una vez concluida la revisión, debería permitirse a un árbitro formular observaciones sobre una decisión, por ejemplo, con fines académicos, como una oportunidad de contribución al desarrollo y la comprensión de la jurisprudencia del sistema de SCIE (27) .

8. Obligación de revelar información. El art. 10 (Obligación de revelar información) establece la obligación a árbitros y a candidatos a árbitro de revelar todas las circunstancias que puedan dar

lugar a dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad. La disposición establece un listado de la información que deber ser revelada independientemente de si ésta da lugar o no a dudas justificadas. Este listado incluye información relativa a relaciones, procesos o designaciones dentro de los últimos cinco años. El Código de Conducta provee un formulario anexo que deberá ser utilizado por los árbitros y candidatos con dicho fin.

El Comentario precisa que esta obligación se basa en el art. 11 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y aclara que el incumplimiento de esta obligación no implica necesariamente un incumplimiento de otras disposiciones del código, en particular la obligación de independencia e imparcialidad. Asimismo, el Comentario aclara el alcance de la terminología y ciertos supuestos previstos en la disposición (28) .

El Grupo de Trabajo III aún deberá discutir el alcance de esta obligación para los jueces.

9. Cumplimiento del Código de Conducta. Finalmente, el art. 11 (Cumplimiento del Código de Conducta) establece el deber de los árbitros, jueces y candidatos de cumplir con las disposiciones aplicables del Código de Conducta. Adicionalmente, la disposición prevé la obligación de los árbitros y jueces de remover a los asistentes que no cumplan con el Código de Conducta.

El Comentario aclara que esta disposición se basa en el principio de cumplimiento voluntario, ya que el Código de Conducta no establece ningún tipo de regla o remedio por incumplimiento. No obstante, precisa que los árbitros, jueces y candidatos estarán sujetos a las sanciones existentes en las reglas y tratados aplicables (29) .

V. ¿QUÉ SIGUE?

El 44º período de sesiones de Grupo de Trabajo se llevará a cabo en Viena del 23 al 27 de enero de 2023. Esta sesión será dedicada al Código de Conducta y al Comentario que la acompaña, así como al mecanismo de apelación.

Se espera que el Código de Conducta sea sometido a la aprobación de la CNUDMI en el transcurso de 2023.

VI. CONCLUSIONES

Los avances en la elaboración del Código de Conducta son significativos. El trabajo —ya de un par de años— de las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI, así como los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo III se ven reflejados en la cuarta versión del Código de Conducta y su Comentario. No obstante, aún quedan por definir y desarrollar diversas cuestiones que plantean inquietudes entre el Grupo de Trabajo III y las partes interesadas, incluyendo cuestiones prácticas (por ejemplo, el ámbito de aplicación personal y temporal de algunas obligaciones) y técnicas (por ejemplo, de redacción jurídica y estructura).

Queda por verse si la siguiente versión del Código de Conducta reflejará los acuerdos y abordará las

preocupaciones externadas por el Grupo de Trabajo III durante el 43º período de sesiones, así como las observaciones recibidas por las partes interesadas. Se espera que las Secretarías de la CNUDMI y del CIADI continúen con sus esfuerzos para lograr el objetivo de desarrollar un Código de Conducta, si no universal, al menos de amplio alcance, que armonice la variedad de disposiciones e instrumentos existentes y que tome en consideración las necesidades de todos los participantes del sistema de SCIE y de un futuro tribunal permanente.

.....

(1) «Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan las opiniones de Van Bael & Bellis o sus clientes.

Ver Texto

(2) CNUDMI, Informe de la CNUDMI, 50º período de sesiones (3 a 21 de julio de 2017), A/72/17.

Ver Texto

(3) CNUDMI, Nota de la Secretaría, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Proyecto de código de conducta, A/CN.9/WG.III/WP.216 (5 de julio de 2022).

Ver Texto

(4) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto 2022.

Ver Texto

(5) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by State/Commenter as of October 21, 2022*, y *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*.

Ver Texto

(6) CNUDMI, Informe de la CNUDMI, 50º período de sesiones (3 a 21 de julio de 2017), A/72/17, párrafo 264.

Ver Texto

(7) CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (1 a 5 de abril de 2019), A/CN.9/970, párrafos 72, 74 y 84.

Ver Texto

(8) En virtud de las incertidumbres respecto del funcionamiento del tribunal permanente de inversiones, el Grupo de Trabajo III está considerando si presentar uno o dos instrumentos separados para la aprobación de la CNUDMI en 2023. Es decir, un Código de Conducta para árbitros y otro para los jueces del tribunal permanente de inversiones. Véase CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (5 al 16 de septiembre de 2022), A/CN.9/1124, párrafo 202.

Ver Texto

(9) CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 41er período de sesiones (15 al 19 de noviembre de 2021), A/CN.9/1086, párrafo 20.

Ver Texto

(10) CNUDMI, Nota de la Secretaría, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Información de antecedentes sobre un código de conducta, A/CN.9/WG.III/WP.167.

Ver Texto

(11) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*, página 16.

Ver Texto

(12) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto de 2022, párrafo 23.

Ver Texto

(13) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*, página 22.

Ver Texto

(14) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto de 2022, párrafo 22.

Ver Texto

(15) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*, página 20.

Ver Texto

(16) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto de 2022, párrafos 31 a 51.

Ver Texto

(17) CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (5 al 16 de septiembre de 2022), A/CN.9/1124, párrafos 232 a 246.

Ver Texto

(18) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*, páginas 26 a 34.

Ver Texto

(19) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto de 2022, párrafos 54 y 55.

Ver Texto

(20) CNUDMI y CIADI, compilación de comentarios, *Draft Code of Conduct for adjudicators in International Investment Disputes and Commentary, Version four - July 2022, Comments by Article/Topic as of October 21, 2022*, página 35.

Ver Texto

(21) CNUDMI, Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (5 al 16 de septiembre de 2022), A/CN.9/1124, párrafos 247 y 248.

Ver Texto

(22) *Ibid.*, párrafo 251.

Ver Texto

(23) CNUDMI, Nota de la Secretaría, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Proyecto de código de conducta, A/CN.9/WG.III/WP.216 (5 de julio de 2022), art. 1, definición «ex parte».

Ver Texto

(24) *Ibidem,* párrafos 252 a 258.

Ver Texto

(25) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS),*

Commentary to the Code of Conduct, agosto de 2022, párrafo 69.

Ver Texto

(26) Traducción propia. *Vid.*. CNUDMI, Nota de la Secretaría, Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), Proyecto de código de conducta, A/CN.9/WG.III/WP.216 (5 de julio de 2022), párrafo 263.

Ver Texto

(27) *Ibid.*, párrafo 265.

Ver Texto

(28) CNUDMI y CIADI, proyecto inicial, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Commentary to the Code of Conduct*, agosto de 2022, párrafo 89 a 107.

Ver Texto

(29) *Ibid.*, párrafos 109 y 110.

Ver Texto

Reflexiones sobre la determinación preliminar y la desestimación temprana a propósito del 76º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (octubre 2022)

Initial reflections on Early determination and Early Dismissal on the 76º session of UNCITRAL Working Group II (October 2022)

La desestimación temprana permite a los árbitros desestimar de entrada demandas y excepciones cuando éstas carecen de manifiesto fundamento. Por su parte, la determinación preliminar faculta a los árbitros para decidir sobre una cuestión de hecho o de derecho sin esperar a que se desarrollen todas las etapas del procedimiento. Estos mecanismos cuyo fin principal es la búsqueda de la eficiencia arbitral se han ido introduciendo de forma paulatina en las reglas de las principales instituciones arbitrales y, recientemente, también han copado el objeto de los debates del Grupo de Trabajo II de la CNMUDMI. Pese a que todavía queda un buen camino por recorrer, en la práctica arbitral se han visto claros ejemplos en los que la aplicación de estos mecanismos ha permitido resolver disputas de manera satisfactoria y eficiente, reduciendo significativa los plazos de resolución.

Determinación preliminar, Desestimación temprana, eficiencia arbitral, CNMUDMI, Grupo de Trabajo II de la CNMUDMI.

Early dismissal allows arbitrators to dismiss claims and defences at an early stage when they are manifestly without merit. Preliminary determination allows arbitrators to decide on a matter of fact or law without waiting for all the stages of the proceedings to be completed. These mechanisms, whose main purpose is the search for arbitral efficiency, have been gradually introduced in the rules of the main arbitral institutions and have also recently been the subject of discussions in Working Group II of the UNCITRAL Arbitration Commission. Although there is still a long way to go, in arbitral practice there have been clear examples in which the application of these mechanisms has allowed disputes to be resolved in a satisfactory and efficient manner, significantly reducing resolution times.

Early determination, Early dismissal, Arbitral efficiency, UNCITRAL, UNCITRAL Working Group II.

Marta Cerrada Pérez

Asociada de Clyde Abogados, S.L.P, Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional ha sido percibido por muchos como el método preferido de resolución de disputas en el ámbito del comercio internacional por, entre otras cosas, su eficiencia. No obstante, la tendencia que se aprecia hacia una mayor complejidad de las disputas y una mayor sofisticación de las partes y del procedimiento arbitral *per se*, en muchos casos, juega en detrimento de la duración de los procedimientos.

Por ello, en la última década las principales instituciones arbitrales han dedicado importantes esfuerzos en velar por una conducción eficiente y ágil del procedimiento arbitral. Con ello se busca, preservar la propia esencia del arbitraje y que éste siga representando una alternativa atractiva para los usuarios del arbitraje frente a los largos procedimientos e instancias que caracterizan a la jurisdicción ordinaria.

Así, en los últimos años, hemos visto como buena parte de las instituciones han adoptado en sus reglamentos disposiciones específicas para «procedimientos abreviados» o «acelerados» e incluso creando reglamentos simplificados o de *fast-track* —a través de los que se resuelven generalmente disputas de menor cuantía—. En algunos casos, han ido un paso más allá previendo reglas específicas para la determinación preliminar y desestimación temprana de demandas manifiestamente infundadas.

Esta preocupación por la eficiencia del procedimiento arbitral también ha calado en la reciente actividad de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Intencional («CNMUDMI») que encomendó al Grupo de Trabajo II la labor de examinar los mecanismos de desestimación preliminar y determinación temprana y que ha sido tratada recientemente en su 74º y 76º período de sesiones (1) , que se celebraron en octubre de 2021 y 2022 en Viena, respectivamente.

II. EL CONCEPTO Y LA FINALIDAD DE LA DETERMINACIÓN PRELIMINAR Y DESESTIMACIÓN TEMPRANA

Con carácter previo a entrar de lleno en el análisis propio de los avances que recientemente se han ido produciendo en esta materia, conviene sentar las bases sobre qué se entiende por determinación preliminar y desestimación temprana, así como distinguir dichos mecanismos de otras de las figuras típicas para la promoción de la celeridad en el arbitraje.

La desestimación temprana ha sido definida por la propia Secretaria de la CNMUDMI como un «*mecanismo que podrían utilizar los tribunales arbitrales para desestimar las demandas y excepciones infundadas*» (2) . Es decir, se trata de una herramienta que permite a los árbitros desestimar de entrada demandas y excepciones cuando éstas carecen de manifiesto fundamento.

Por su parte, la determinación preliminar faculta a los árbitros para decidir sobre una cuestión de hecho o de derecho sin necesidad de esperar a que se desarrollen todas las etapas o fases habituales del procedimiento arbitral. De esta forma, al igual que ocurre con la desestimación temprana, se deja la puerta abierta a adelantar el momento de resolución de una determinada cuestión de hecho o de derecho sin necesidad de llevar a cabo todos los actos procesales típicos.

No es necesario ahondar demasiado en el alcance y la aplicación de estos mecanismos para darse cuenta de las evidentes diferencias que los separan y distinguen de figuras como la bifurcación del procedimiento o de los procedimientos abreviados o de *fast-track.* En este sentido, si bien como he adelantado la desestimación temprana y determinación preliminar comparten un objetivo común con los procedimientos de *fast-track* y la bifurcación del procedimiento —la búsqueda de la eficiencia y la reducción de la duración y los costes de los procedimientos—, dista mucho la forma en la que cada una de estas figuras contribuye a la consecución de dicho fin.

Así, con la determinación preliminar y desestimación temprana no se pretende reducir los plazos de los distintos trámites procesales para hacerlos más expeditivos o limitar las rondas de escritos que se presentan —como sí hacen los procedimientos *fast-track*—, sino resolver de manera anticipada determinadas cuestiones, excepciones o, incluso, pretensiones que carecen manifiestamente de fundamento y que dificultan y hacen más compleja la disputa. En otras palabras, con estos mecanismos se aspira a evitar que las partes puedan introducir en el objeto de debate determinadas cuestiones o pretensiones sin fundamento ni lógica jurídica con el único fin de desviar la atención del nudo gordiano de la controversia, obligar a la parte contraria a emplear recursos innecesarios e impedirle centrarse en lo realmente importante.

Ahora bien, una vez determinada la cuestión preliminar el procedimiento arbitral continua por su cauce habitual atendiendo a los plazos y trámites pactados por las partes y previstos en los reglamentos y, en su caso, en el acta de misión o primera orden procesal. De esta forma, los mecanismos de la desestimación temprana o determinación preliminar se conciben como un complemento —o, quizás, más bien, una alternativa— a los procedimientos de *fast-track* en esa búsqueda por la máxima eficiencia que tanto persigue la comunidad arbitral.

Y, algo similar ocurre respecto a la bifurcación del procedimiento que, como bien es sabido, consiste en la división del procedimiento en varias etapas diferenciadas, una primera que generalmente se centra en una pretensión declarativa (por ejemplo, determinar si hay incumplimiento de un contrato, si existe cobertura bajo una póliza etc.) y las subsiguientes que habitualmente versan sobre la cuantificación de los daños. Ello a fin de que en aquellos casos en los que la primera de las cuestiones se resuelve en sentido desestimatorio (y, por ejemplo, el tribunal arbitral aprecia que no existe incumplimiento o cobertura bajo una póliza), no se tenga que invertir esfuerzo probatorio alguno referido a la cuantificación de los daños. Lo cual ya *per se* constituye un importante avance en términos de eficiencia y reducción de costes y tiempo.

Ahora bien, aun cuando la primera etapa de esta bifurcación del procedimiento no deja de ser una determinación preliminar de una cuestión de hecho y/o derecho o, en su caso, una desestimación temprana, existe un matiz clave que hace que estos mecanismos sean radicalmente distintos. No en vano, pese a que en la primera etapa de la bifurcación se resuelva una cuestión de hecho y/o derecho de forma previa y separada, dicha resolución se emite tras el desarrollo de un proceso complejo (de intercambio de escritos y práctica de prueba etc.) y, por contraposición, en los mecanismos de determinación preliminar o desestimación temprana estas cuestiones de hecho y/o derecho deberían dilucidarse de forma sencilla, mucho más ágil y sin entrar al detalle, de manera que su

resolución no se convierta en un auténtico «microproceso» dentro del procedimiento arbitral.

En resumidas cuentas, la determinación temprana y la desestimación preliminar son mecanismos que conviven, complementan y, en determinados casos, representan una alternativa atractiva a la bifurcación del procedimiento y los procedimientos *fast-track*, coadyuvando a combatir la tendencia que se está instalando de unos procedimientos cada vez más complejos, regulados y duraderos, con el claro fin de alcanzar la eficiencia arbitral en combinación con la salvaguarda de las garantías procesales.

III. EL ORIGEN Y LA REGULACIÓN DE LA DETERMINACIÓN PRELIMINAR Y DESESTIMACIÓN TEMPRANA EN LAS DISTINTAS REGLAS DE ARBITRAJE

Pese a que a lo largo del tiempo diversos tribunales internacionales han hecho referencia a la desestimación temprana —Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (3) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (4) —, como apunta C. Esplugues (5) , el ejemplo por antonomasia que ha inspirado a la admisión de estos mecanismos en el ámbito del arbitraje comercial se encuentra en las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI»).

El CIADI fue la primera institución que introdujo, a través de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje CIADI —y que entró en vigor el día 10 de abril de 2006 mediante una enmienda a las Reglas de Arbitraje del CIADI (6) —, la posibilidad de oponer una excepción «*relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*». En su redacción originaria, la Regla 41.5. exigía que la excepción se formulase a más tardar dentro de los «*30 días después de la constitución del Tribunal y, en cualquier caso, antes de que el Tribunal celebre su primera sesión*» y que, adicionalmente, se especificara el fundamento de su excepción «*tan precisamente como sea posible*».

Si bien, a lo largo de los años dicha previsión ha sido objeto de diversas revisiones y consideraciones de enmiendas que han cristalizado en la aprobación de la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI 2022 titulada «*Manifiesta Falta de Mérito Jurídico*». En su redacción vigente, esta Regla 41 trata de manera independiente y autónoma la falta de mérito jurídico de una reclamación y, a diferencia de lo que ocurría en las anteriores versiones, delimita claramente el proceso a seguir en caso de que se planteen este tipo de excepciones y extiende el plazo para la presentación de la solicitud hasta los 45 días después de la constitución del Tribunal Arbitral.

Sin duda la aplicación de este tipo de reglas durante los últimos años en el seno del arbitraje de inversión ha tenido un claro impacto en el ámbito del arbitraje comercial y ha influido a las principales instituciones arbitrales que, de forma paulatina y creciente, han empezado a contemplar previsiones similares a la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI en sus reglamentos.

Algo que, pese a haber sido acogido con reticencias por una parte minoritaria de la doctrina —que conciben estos mecanismos como una merma en las garantías del procedimiento—, constituye un avance inexorable y necesario. Ello a efectos de dotar a los árbitros de herramientas y certidumbre para poder hacer frente a las pretensiones infundadas y, sobre todo, para poder dar respuesta a las

peticiones que las partes pudieran formular inspiradas por las Reglas de Arbitraje del CIADI y amparándose en la facultad de los árbitros de acordar cuanto sea necesario para la conducción eficiente del arbitraje.

En el caso del arbitraje comercial, la iniciativa en la regulación de los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana la tuvo el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur («SIAC») que en el año 2016 incorporó en su Reglas la «*Desestimación Temprana de Demandas y Defensas*» (Regla 29) (7) . El SIAC optó por una regulación del mecanismo de desestimación temprana en la que primase la autonomía de la voluntad de las partes y se huyera tanto de la rigidez procedimental como de formalismos excesivos.

A este respecto, y en la medida en que la Regla 29 del SIAC sobre la desestimación temprana fue precursora en el ámbito del arbitraje comercial, a continuación apunto los que, considero, son los aspectos clave y que han servido como referencia para otras instituciones arbitrales:

- En primer lugar, la Regla 29 del SIAC circunscribe el mecanismo de la desestimación temprana a la (a) «*falta manifiesta de fundamentos jurídico*» y a la (b) «*falta manifiesta de competencia del tribunal*» respecto de las pretensiones formuladas en la demanda o, en su caso, en el escrito de defensa.

  Es decir, el SIAC no constriñe la formulación de dichas excepciones a las pretensiones planteadas exclusivamente en la demanda —como sí lo hacía el CIADI—, sino que lo extiende asimismo a los escritos de defensa.

- Por otra parte, el SIAC también se separa de las Reglas CIADI en lo relativo al momento en el que se ha de formular esta excepción. Así las cosas, el SIAC, en esa huida de cualquier formalismo prescindible, no establece un momento preclusivo para solicitar al Tribunal Arbitral que desestime de forma temprana una demanda o defensa por carecer ésta de fundamento jurídico.

  Ahora bien, lo que sí hace a efectos de garantizar que este mecanismo cumple con su finalidad de dotar de celeridad al proceso, es acotar la duración para la tramitación de la excepción a un plazo de 60 días. De esta manera y, salvo que concurrieran circunstancias excepciones, el Tribunal Arbitral debe resolver la excepción dentro de dicho término.

- Adicionalmente, la Regla 29 del SIAC permite que el Tribunal Arbitral adopte una decisión sobre la solicitud preliminar tanto a través de un laudo como de una orden procesal.

- La Regla 29 del SIAC faculta a los árbitros para, en un primer momento y a su propia discreción, decidir sobre la admisión o no de la solicitud de desestimación temprana sin necesidad de oír a la parte contraria.

  No obstante, si el Tribunal Arbitral acordara admitir la solicitud a trámite deberá dar a las partes la oportunidad de formular alegaciones con carácter previo a resolver sobre su estimación o desestimación.

La segunda institución que se unió a esta tendencia y decidió admitir el mecanismo de la desestimación temprana y determinación preliminar fue el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («SCC») que, en el año 2017, adoptó el actual art. 39 39 de su Reglamento de Arbitraje y el art. 40 del Reglamento de Arbitraje Simplificado con rúbrica «*Proceso Sumario*» .

En lo que ahora interesa, la regulación ofrecida por los referidos preceptos, aunque con sus matices y diferencias, está claramente influida por las Reglas del SIAC. Así, al igual que ocurre en las Reglas del SIAC, la SCC prevé que el inicio de la resolución de la excepción sea siempre a instancia de parte —y no de oficio— sin establecer un momento temporal límite en el que se deba formular.

Asimismo, las Reglas de la SCC establecen un procedimiento de resolución de doble trámite, el primero de ellos para decidir sobre la admisibilidad de resolver de forma temprana la cuestión de derecho y/o hecho planteada y el segundo para decidir sobre su estimación o desestimación. No obstante, a diferencia de lo que ocurría en las Reglas del SIAC, la SCC obliga a los árbitros a escuchar a las partes antes de dictar la orden procesal sobre la admisibilidad y, en definitiva, antes de decidir sobre la apertura de esa «segunda fase». Además, el SIAC tampoco fija un plazo máximo en el que los árbitros tengan que resolver el incidente —únicamente se indica que ha resolverse de manera «*eficaz y expedita*»—, dejando aún un mayor margen a la autonomía de la voluntad de las partes.

En todo caso, en el ámbito del arbitraje comercial el SIAC y el SCC no han sido las únicas instituciones en cuyos reglamentos se han introducido estos mecanismos. No en vano, el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong («HKIAC») también percibió la determinación preliminar o desestimación temprana como un avance hacía la eficacia arbitral, siendo otra de la instituciones precursoras en esta materia tras la inclusión en su Reglamento del Artículo 43 con título «*Procedimiento de Determinación Temprana*» en noviembre de 2018.

Nuevamente la posición que se refleja en el Reglamento del HKIAC está fuertemente inspirada por las Reglas del SIAC y, en esencia, comparte los rasgos básicos de tramitación de la excepción, con las siguientes matizaciones:

- Las Reglas del HKIAC, si bien no fijan un plazo como tal, sí especifican que la solicitud de determinación temprana se debe formular «*lo antes posible una vez planteados los puntos de derecho relevantes*», dejando abierta la puerta para que los árbitros puedan llegar a aceptar solicitudes formuladas en una etapa más avanzada del procedimiento.

- Por otra parte, las Reglas HKIAC comparten la estructura bifásica de resolución de la excepción —primero, admisión de la determinación preliminar y, posteriormente, decisión sobre su procedencia—, pero van más allá en cuanto a nivel de detalle al especificar incluso los plazos en los que se deben resolver cada una de ellas —sin perjuicio de la facultad de modificación de los árbitros— (8) .

Por otra parte y aunque con un enfoque distinto al SIAC, SCC y HKIAC, otras instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje («CCI») y la Corte Internacional de Arbitraje de Londres («LCIA») también han visto necesario arrojar luz sobre si la utilización de este tipo de mecanismos es aceptable en el marco de un arbitraje ante la LCIA o la CCI y, en su caso, cómo han de articularse.

La CCI fue una de las instituciones que antes dio respuesta al debate generado en torno a si era posible solicitar en el seno de un arbitraje la desestimación temprana y determinación preliminar. Ahora bien, la CCI disipó las dudas que habían surgido en torno a estos mecanismos de una forma radicalmente distinta al resto de instituciones arbitrales, toda vez que, lejos de modificar su Reglamento, decidió publicar una nota «*a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje bajo las reglas de arbitraje ICC*» en fecha 30 de octubre de 2017.

En esta Nota, la CCI aclaró que en el seno del procedimiento CCI las partes podrían solicitar la decisión expedita de demandas o defensas manifiestamente injustificadas o fuera de la competencia del tribunal arbitral. Y ello, no porque existiera una norma expresa de dichos mecanismos dentro del Reglamento CCI, sino porque es una facultad comprendida dentro del ámbito de los poderes que el art. 22 del Reglamento CCI (9) confiere a los árbitros.

Sin perjuicio de las diferencias en cuanto a la forma, la realidad es que el fondo de las pautas ofrecidas por la CCI en la referida Nota —que ha sido actualizada mediante Nota de 1 de enero de 2021— en cuanto a la aplicación de estos mecanismos no dista mucho de lo plasmado en las Reglas del resto de instituciones arbitrales anteriormente referidas. Así, se observa que la CCI exige que la solicitud se formule «*lo antes posible*», que los árbitros la resuelvan «*lo antes posible*» —sin especificar ningún plazo—, pero «*previa consulta de partes*». Todo ello sin aportar ningún matiz novedoso , más allá de que la presentación de pruebas solo se permitirá en circunstancias excepcionales y que en el laudo u orden en la que se resuelva la cuestión el Tribunal Arbitral puede incluir un pronunciamiento sobre los costos de la solicitud.

Por último, por la relevancia que presenta y sin perjuicio de que existen otras instituciones que también reconocen estos mecanismos (10) , me detendré en la LCIA al ser una de las instituciones más relevantes y que, no solo esperó hasta el 1 de octubre de 2020 para introducir en su Reglamento estos mecanismos de determinación preliminar, sino que, adicionalmente, lo hizo inclinándose por la adopción de una previsión simple y genérica.

En particular, las Reglas de la LCIA, en su art. 22 (viii) «Facultades Adicionales», establecen simple y llanamente que el Tribunal Arbitral estará facultado para «determinar que toda demanda, contestación, reconvención, demanda cruzada, contestación a la demanda reconvencional o contestación a la demanda cruzada está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, o es inadmisible o manifiestamente carente de fundamento; y, cuando se ha acordado, emitir una orden o laudo a tal efecto (una "Determinación Temprana")».

Los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana se han ido integrando de forma progresiva y creciente en las distintas reglas de arbitraje lo que contribuirá a una mayor aceptación, familiarización y utilización por los distintos usuarios del

arbitraje —partes y árbitros—.

De una simple lectura de dicho precepto se desprende que, a diferencia del resto de previsiones de los distintos reglamentos a los que se ha hecho referencia, la LCIA se decantó por ofrecer una disposición con la que aclarar cualquier tipo de suspicacia que pudiera existir en cuanto al poder de los árbitros para resolver este tipo de solicitudes, pero evitando regular en exceso la cuestión en detrimento de la flexibilidad y dejando un amplio margen para la autonomía de la voluntad de las partes.

Dicho esto y antes de concluir este análisis sobre el reflejo que tienen estos mecanismos de determinación preliminar en los distintos reglamentos arbitrales, no puede dejar de mencionarse —aunque sin entrar en excesivo detalle— el impacto que dichos mecanismos, de igual forma, han tenido a nivel nacional entre algunas de las cortes arbitrales españolas que, lejos de quedarse atrás, han seguido muy de cerca estos avances. Así, instituciones como la Corte Española de Arbitraje («CEA») también han incluido previsiones específicas (11) en sus Reglamentos relativas a la desestimación temprana.

En definitiva, los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana se han ido integrando de forma progresiva y creciente en las distintas reglas de arbitraje, y todo parece apuntar a que esta tendencia imparable hacia la admisión de estas figuras contribuirá a una mayor aceptación, familiarización y utilización por los distintos usuarios del arbitraje —partes y árbitros—. Lo cual, a mi juicio, debe ser celebrado por la comunidad arbitral no solo por suponer un avance hacia la eficiencia y economía procesal, sino porque además ha arrojado luz y certidumbre sobre una cuestión que distaba mucho de ser pacífica y que dificultaba la labor de los árbitros a la hora de hacer frente a este tipo de solicitudes para la determinación preliminar de una cuestión de hecho y/o derecho.

Es más, hasta el momento, y pese a que la mayoría de la doctrina (12) aceptaba que los árbitros pudieran acordar la desestimación temprana de una demanda aun cuando no estuviera expresamente previsto en el reglamento de aplicación —apoyándose en su facultad y/o obligación de desarrollar el arbitraje de la forma más justa y eficiente posible—, la realidad observada era una manifiesta reticencia a admitir este tipo de solicitudes por miedo a la anulación del laudo. Es lo que, algunos autores, han llamado «*due process pananoia*» (13) , en tanto que refleja el temor de los árbitros a ser acusados de infringir las reglas del procedimiento por admitir la solicitud formulada incluso en aquellos casos en los que la falta de fundamento de las demandas o defensas planteadas pudiera resultar absolutamente patente y manifiesta.

Pues bien, es en este marco de referencia en el que se desarrollan los trabajos de la CNUDMI a los que me referiré a continuación y que, en línea con el resto de las instituciones arbitrales, van encaminados a la consecución de la eficacia arbitral y a la promoción de mecanismos que contribuyan a dicho objetivo.

IV. LOS PERIODOS DE SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO II DE LA CNUDMI SOBRE LAS EXCEPCIONES OPONIBLES EN CUANTO AL FONDO Y RESOLUCIONES PRELIMINARES

Como he adelantado, una de las preocupaciones que se han vislumbrado en los trabajos de los últimos años de la CNUDMI ha sido la persecución de una conducción eficiente del procedimiento arbitral, en términos de tiempo y costes. Preocupación que se abordó durante los periodos 70º y 71º del Grupo de Trabajo II en septiembre de 2019 y 2020 y que desencadenó en la aprobación de las Reglas de Arbitraje Acelerado de la CNMUDMI en el año 2021.

Ahora bien, ya en el seno de estas sesiones del Grupo de Trabajo II celebradas en septiembre de 2019 y 2020 en torno al proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado, se trajeron a colación los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana. En concreto, en dichas sesiones se debatió y examinó si era conveniente incluir en las Reglas de Arbitraje Acelerado de la CNMUDMI una previsión específica para regular tales mecanismos.

No obstante, finalmente en el 73º período de sesiones celebrado en marzo de 2021 se decidió no incluir este tipo de mecanismos de determinación preliminar en el Reglamento de Arbitraje Acelerado. Si bien, a mi parecer, el raciocinio que habría detrás de dicha decisión pudo no obedecer estrictamente a una falta de convencimiento de la CNMUDMI de las bondades que representan los mecanismos de determinación preliminar para hacer frente a los retos actuales a los que se enfrenta la práctica arbitral. Máxime si tenemos en cuenta que esa misma decisión de no inclusión vino junto con una propuesta del Grupo de Trabajo II a la Comisión para que se le encomendara seguir trabajando en esta cuestión para encontrar un mandato de determinación preliminar y desestimación temprana que se incluyera ya no en el Reglamento de Arbitraje Acelerado, sino en el Reglamento de Arbitraje de la CNMUDMI.

Lo cual, a mi juicio, y pese a que inicialmente pudo interpretarse como una traba en términos de tiempo para el comienzo de la utilización de estos mecanismos en el seno de los procedimientos arbitrales CNMUDMI, fue la decisión más prudente. Y es que, aun cuando instituciones como el SCC los han introducido también en sus Reglamento de Arbitraje Simplificado, los mecanismos de determinación preliminar plantean importantes problemas prácticos a la hora de aplicarlos en procedimientos abreviados.

Así, no puede perderse de vista que generalmente lo que se persigue con los procedimientos de *fast-track* es que el laudo se dicte en un lapso breve de tiempo desde la constitución del tribunal arbitral y que los plazos para presentar los alegatos de demanda y defensa se reduzcan significativamente. Por ello, en muchos casos, la inclusión de un nuevo trámite en ese plazo de seis meses se puede percibir por muchos como poco realista o como un riesgo de tener que dividir los recursos y esfuerzos disponibles para dar cumplimiento de forma simultánea a los trámites propios del procedimiento y, adicionalmente, presentar comentarios a la solicitud de determinación preliminar o desestimación temprana.

En otras palabras, en mi opinión el hecho de que la CNMUDMI optara por excluir la determinación preliminar de la regulación de los procedimientos acelerados obedece más bien a un temor de que,

finalmente, se consiguiera el efecto contrario al perseguido y los plazos para el dictado del laudo se terminaran extendiendo y las partes lo percibieran como un obstáculo para centrarse en lo realmente importante. De ahí que anteriormente me refiriese, y muchos autores (14) conciban a estas figuras, como una alternativa al procedimiento abreviado, más que como un complemento.

Dicho esto y explicado lo que, a mi juicio, justificó la decisión adoptada en el 73º período de sesiones, conviene ir un paso más allá y tratar los siguientes avances del Grupo II de la CNMUDMI. A este respecto la Comisión en su 54º período de sesiones aceptó la propuesta que el Grupo de Trabajo II había formulado y les encomendó la labor de seguir estudiando y examinando la determinación preliminar y desestimación temprana para diseñar un mandato que se incluyera en el Reglamento de Arbitraje CNMUDMI y que les fuera presentado en el año 2022.

Es en este contexto en el que durante los pasados meses de septiembre y octubre de 2021 se celebró en Viena el 74º período de sesiones del Grupo de Trabajo II CNMUDMI en el que se examinó el tema de la desestimación temprana y determinación preliminar sobre la base de la Nota de la Secretaría de la CNMUDMI de 3 de agosto de 2021 sobre el «*Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*».

En este 74º período de sesiones el Grupo de Trabajo II opinó que «*el tema de la desestimación temprana y la determinación preliminar eran cuestiones importantes en el arbitraje internacional y que deberían tratarse en el contexto del Reglamento de Arbitraje*» (15) . No obstante, también consideró que «*no se encontraba en ese momento en condiciones de decidir la forma en la que se adoptaría esa labor ni si debería incluirse una disposición expresa en el Reglamento de Arbitraje*» (16) .

Asimismo y sin ánimo de ser exhaustivos, merece la pena mencionar algunas interesantes reflexiones y posturas divergentes que surgieron en el seno de dichas discusiones (17) :

- Se hizo alusión a la importancia que presentaba contemplar en la regulación de la determinación preliminar y desestimación temprana garantías procesales, como el derecho de las partes a ser oídas.

- También, se habló de la importancia que tenía a la hora de decidir por qué opción legislativa se iba a optar y no perder de vista que el uso de este tipo de herramientas es común en algunas jurisdicciones, pero que en otras no se aplica, lo cual podría conllevar a que los árbitros de dichas jurisdicciones aplicaran dichos mecanismos con cierta cautela y prefirieran rechazar las solicitudes.

- Igualmente, se expresaron posturas discrepantes en cuanto a cómo abordar la regulación de estos mecanismos, existiendo partidarios de otorgar flexibilidad, no delimitar la discrecionalidad del árbitro ni predeterminar plazos para su planteamiento y resolución; y quienes, por contraposición, veían en el establecimiento de plazos una garantía para velar por la celeridad de la resolución del incidente.

- Por último, tampoco pasaron por alto cuestiones como el efecto que el planteamiento de estas solicitudes podría tener en el plazo para contestar a la demanda; si un árbitro puede plantear de

oficio a las partes la posibilidad de resolver alguna cuestión de forma preliminar; o, la necesidad de adoptar las cautelas necesarias para evitar que el Reglamento CNMUDMI se vea envuelto en un proceso de modificaciones excesivo que cree confusión a los usuarios, entre otras.

En resumidas cuentas, en este 74º período de sesiones se evidenció un claro consenso en cuanto a la necesidad de abordar la determinación preliminar y desestimación temprana en el marco del arbitraje CNMUDMI, pero no se logró alcanzar un acuerdo en cuanto a la forma en la que debía regularse esta cuestión. Precisamente por ello, el Grupo de Trabajo II solicitó a la Secretaría de la CNMUDMI que presentara a la Comisión distintas opciones que, sobre la base de las opiniones expresadas en dichas sesiones, sirvieran como punto de partida para los siguientes periodos de debate.

Tras ello, en los meses de junio y julio de 2022 y de octubre de 2022 tuvieron lugar el 55º período de sesiones de la Comisión y el 76º período de sesiones del Grupo de Trabajo II, en los que se examinaron y consideraron las tres opciones legislativas propuestas, previa solicitud, por la Secretaria. En apretada síntesis, las diferentes opciones legislativas planteadas y analizadas en dichas sesiones fueron las siguientes:

- En primer lugar, se planteó la posibilidad de publicar una nota orientativa en la que se clarificase que *ex art.* 17 del Reglamento los árbitros, en ejercicio de su discrecionalidad, podían desestimar una demanda, reconvención, así como una demanda a efectos de compensación por carecer manifiestamente de fundamento, así como adoptar una determinación preliminar.

- Con esta opción, claramente influenciada por el enfoque adoptado por la CCI, se evitaba tener que modificar como tal el Reglamento CNMUDMI.

- En segundo lugar e imitando el modelo adoptado por la LCIA, también se consideró la alternativa de incluir una previsión simple y genérica —con un comentario— en el Reglamento en la que se previesen los mecanismos de la determinación temprana y desestimación preliminar, pero dejando un amplio margen para la definición caso por caso del procedimiento a seguir para su sustanciación.

- Por último y en tercer lugar, también se contempló la opción de desarrollar una disposición detallada —con un comentario— en el Reglamento en la que se regulase con precisión un procedimiento bifásico con unos plazos definidos. Este planteamiento sería muy similar al del HKIAC, SIAC o SCC.

Aun cuando a resultas de estas propuestas legislativas hay varias cuestiones que la CNMUDMI parece tener claras por ser comunes a todas las propuestas legislativas analizadas (como que es necesario abordar la problemática de la posibilidad de aplicar este tipo de herramientas en el seno del arbitraje CNMUDMI, que estos mecanismos puedes ser adoptados por los árbitros de oficio, o que este tipo de excepciones se pueden formular respecto a la «*demanda, reconvención o demanda a efectos de una compensación*») todavía quedan muchas incógnitas que resolver en cuanto a cuál será la opción legislativa por la que se decantará la CNMUDMI a la hora de regular los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana. Ahora bien, en vista de los avances en los

trabajos desarrollados, todo indica que la CNMUDMI no tardará en dar respuesta a este interrogante.

V. LA DETERMINACIÓN PRELIMINAR Y DESESTIMACIÓN TEMPRANA EN LA PRÁCTICA: LIMITACIONES Y RETOS QUE PLANTEAN

Pese a que todavía es pronto para ofrecer una respuesta unívoca sobre el buen funcionamiento de estas herramientas, los primeros datos publicados apuntan a que su utilización poco a poco va ganando un mayor protagonismo en la práctica arbitral y, en términos generales, está contribuyendo a lograr que la duración de los procedimientos se reduzca.

Las estadísticas elaboradas por el SIAC han reflejado que las solicitudes de determinación preliminar formuladas se han quintuplicado en los dos últimos años. En particular, en el año 2021 se registraron un total de 10 solicitudes y, frente a esto, tan solo un año después, las solicitudes registradas ascendieron a 52 (18) .

No obstante, debe advertirse que, probablemente fruto de las diferencias entre los distintos sistemas y culturas jurídicas, así como del mayor o menor grado de familiarización con estas figuras, la popularidad de los mecanismos de determinación preliminar no ha sido la misma en todas las jurisdicciones o instituciones. A título ejemplificativo y en claro contraste con los datos ofrecidos por el SIAC, el HKIAC únicamente ha registrado un total de 5 solicitudes de determinación preliminar desde la introducción de estos mecanismos en sus Reglas, de las cuales 3 fueron formuladas en el año 2020 y 2 en el año 2021 (19) .

Por otra parte y respecto a la procedibilidad, se ha observado que el porcentaje de solicitudes formuladas que terminan prosperando es bastante reducido. En concreto, por ejemplo, en el SIAC de las 52 solicitudes formuladas en 2022, únicamente fueron admitidas a trámite 28, de las cuales solo 10 fueron finalmente estimadas (20) ; y, en el caso del HKIAC ninguna de las 2 solicitudes formuladas fue admitida a trámite por el Tribunal Arbitral (21) .

> Contar con una regulación expresa que disuada la formulación de demandas infundadas o *frivolous claims* y que otorgue herramientas suficientes y seguridad jurídica a los árbitros para poder abordarlas, ya es motivo suficiente de celebración

Pese a que estos datos pueden ser percibidos por muchos con un cierto pesimismo, en mi opinión, únicamente son un reflejo de las cautelas de los árbitros a la hora de resolver este tipo de solicitudes, con el único fin de evitar por encima de todo causar cualquier merma en las garantías procedimentales. Ahora bien, ni tan siquiera estas cautelas extremas han sido óbice para que en la práctica hayan surgido claros ejemplos en los que su utilización ha contribuido a la consecución de la eficiencia arbitral. Así, por ejemplo, el SIAC hizo público que un caso con una cuantía de 22 millones

de dólares había sido resuelto en 6 meses gracias al mecanismo de la desestimación temprana al carecer las pretensiones de la demandante de manifiesto fundamento jurídico (22) .

En cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, a mi parecer, el simple hecho de contar con una regulación expresa en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales que disuada la formulación de demandas infundadas o *frivolous claims* (23) y que, de ser necesario, otorgue herramientas suficientes y seguridad jurídica a los árbitros para poder abordarlas, ya es motivo suficiente de celebración.

En otro orden de cosas e íntimamente ligado con lo anterior, estas estadísticas que han ido publicando las diferentes instituciones arbitrales en torno a las herramientas de determinación preliminar o desestimación temprana, no solo son útiles a efectos de evaluar su funcionamiento, sino que también proporcionan pautas muy esclarecedoras para determinadas cuestiones que suscitaban dudas en la práctica arbitral y que suponían un reto para el correcto funcionamiento de estos mecanismos.

Por ejemplo, un punto que estaba siendo objeto de debate era el referido al momento en el que este tipo de solicitudes de determinación preliminar debían ser planteadas. Y es que, conviene recordar que, como hemos visto, buena parte de las instituciones arbitrales en esa huida del exceso de regulación y en salvaguarda de la flexibilidad propia del arbitraje, habían preferido no establecer un plazo concreto para su formulación o se habían decantado por indicar únicamente que se debía presentar «*lo antes posible*». Siendo en este contexto en el que se debatía sobre la pertinencia de esperar a etapas ulteriores del procedimiento con el ánimo de corroborar que no existían nuevas pruebas que pudieran dejar vacío de fundamento la excepción planteada o para mitigar el riesgo de que el Tribunal Arbitral considerase que la solicitud era prematura.

Pues bien, parece que la propia práctica arbitral va ayudando a disipar este tipo de dudas. De forma que, respecto a esta cuestión particular en concreto, las estadísticas del SIAC han revelado que la presentación de solicitudes de desestimaciones preliminares en etapas avanzadas del procedimiento tiene un impacto negativo en la decisión del Tribunal Arbitral y, en muchos casos, han sido desestimadas por este motivo. Así las cosas, el 75% de las solicitudes de determinación preliminar o desestimación temprana que fueron admitidas a trámite en el año 2022 se presentaron en los cinco primeros meses desde la constitución del Tribunal Arbitral y no se admitió ninguna solicitud formulada habiendo transcurrido más de 10 meses desde la constitución del Tribunal Arbitral (24) .

Dicho extremo, a mi entender, resulta absolutamente coherente con la propia esencia y razón de ser de la desestimación temprana, que únicamente se puede producir cuando se aprecia una absoluta falta de mérito jurídico de la demanda o defensa; la cual por concepto debería poder ser advertida de forma clara y patente desde un estadio inicial sin necesidad de grandes esfuerzos dialecticos o probatorios de las partes y del árbitro.

En resumidas cuentas, son muchas las sombras que —tanto desde la óptica de los árbitros como la de las partes— todavía pesan sobre la aplicación práctica de estas figuras: ¿cuál es el momento

idóneo para su planteamiento?¿Las cuestiones de hecho y/o derecho que pueden ser objeto de determinación preliminar deben referirse necesariamente a excepciones procesales o también pueden incluir cuestiones de fondo?¿Puede plantearse la resolución de esta excepción a través de una orden procesal un inconveniente dado el problema de ejecutabilidad de las mismas?¿Cómo se compatibilizan en la práctica estos mecanismos con los plazos expeditivos de un procedimiento de *fast-track*? Pero, pese a ello, los datos demuestran que, poco a poco, la propia práctica arbitral, la difusión y familiarización con este mecanismo arrojará toda la luz necesaria para que la determinación preliminar y desestimación temprana pasen a ser herramientas claves y útiles para la persecución de la eficiencia arbitral.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En conclusión, los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana en el ámbito del arbitraje comercial han ido ganando fuerza en los últimos años como herramientas para la consecución de unos procedimientos arbitrales más ágiles y eficientes en términos de duración y costes.

La mejor prueba de ello es que las principales instituciones arbitrales a nivel internacional (SIAC, LCIA, SCC o CCI, entre otras) ya han regulado estos mecanismos en sus reglas o en notas explicativas, y la propia CNMUDMI está en debates para ofrecer una respuesta a nivel legislativo en torno a cómo abordar estas cuestiones en el seno del arbitraje CNMUDMI.

Pese a ello, todavía queda camino por recorrer hasta que, por una parte, la desestimación temprana y la determinación preliminar se conviertan en herramientas comúnmente aceptadas y utilizadas en la práctica y, por otra, se logre vencer las reticencias de aquellos que ven en ellas un riesgo para el respeto de los derechos procesales de las partes y, en definitiva, de potencial anulación del laudo.

Sin duda, para ello, el principal reto al que se enfrenta la comunidad arbitral —árbitros, instituciones y partes— es ese juego de equilibrio entre las garantías procesales frente a la eficiencia, así como entre la salvaguarda de la autonomía de la voluntad de las partes frente a la necesidad de controlar la duración de estos incidentes para impedir que se haga un uso indebido de estas figuras que redunde en un resultado contrario al perseguido —por ejemplo, dividiendo la disputa en arbitraje dentro de los arbitrajes—.

Por el momento, todo apunta a que la ruta escogida es la correcta ya que las estadísticas publicadas por alguna de las instituciones demuestran que los mecanismos de determinación preliminar y desestimación temprana están funcionando y han permitido que, en algunos casos, los plazos de resolución de las disputas se vean reducidos.

BIBLIOGRAFÍA

CORDERO-MOSS, G., «UNCITRAL Working Group II: Early Dismissal and Preliminary Determination in Expedited Arbitraton?», *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.

ESPLUGUES, C., «¿Adiós justicia arbitral, adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ("early dismissal") como síntoma», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 2022-1,

FENECH, M., «Arbitrajes en las relaciones comerciales entre Empresarios de la Comunidad Económica Europea y la de América Latina», *Diario La Ley*, pp-735, 1981.

GERBAY, R., «*Due process* Paranoia», *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

HKIAC, «Estadísticas 2021», página web HKIAC.

LAL, H., KAIDING, J. y CASEY, B., «New SIAC Rules: The Need For Refinement», *International Arbitration Alert*, agosto 2020.

POLONSKAYA, K., «Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims that May be Curtailed in an Expedient Fashion», *Asper Review of International Business and Trade Law,* pp. 1 ss.

QUINTANA, J.J., *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Leiden, Brill, 2015.

WU, Q., «Early Dismissal at SIAC: The Scalpel and the Gospel», CDR- The Belt and Road Initiative, 2022.

DOCUMENTACIÓN

CCI, «Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI», *Web CCI*, enero 2021.

CCI, «Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI», *Web CCI*, octubre 2017.

CIADI, «Falta manifiesta de mérito jurídico — Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI», *Web CIADI*.

CIADI, «ICSID's Experience with Objections that a Claim Manifestly Lacks Legal Merits», *Web CIADI*, marzo 2021.

CNMUDMI, «Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2021)», *web CNMUDMI*, pp-14, p.66.

CNMUDMI, «Desestimación temprana y determinación preliminar», *web CNMUDMI*, febrero 2022.

CNMUDMI, «Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2021)», *web CNMUDMI*, octubre 2021.

CNMUDMI, «Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares», *web CNMUDMI*, 2018.

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), «Reporte Anual 2021», 2021, pp.26

(1) Nótese que ya el 70º y 71º período de sesiones del Grupo de Trabajo II de la CNMUDMI se abordó el tema de la desestimación temprana y determinación preliminar, pero se hizo en el contexto del Reglamento de Arbitraje Acelerado.

Ver Texto

(2) *Vid.*. Secretaría CNMUDMI, Nota sobre «Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares», 2018, pp-1.

Ver Texto

(3) *Vid.*. C. Esplugues, «¿Adiós justicia arbitral , adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ("*early dismissal*") como síntoma», que señala : «el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 195037, explicita en su artículo 35.3.a) la obligación del Tribunal de declarar "inadmisible" cualquier demanda que considere "incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva"; una noción, la de "manifiestamente mal fundada" que viene desarrollada y aclarada en la Practical Guide on Admissibility Criteria editada por el propio Tribunal de Estrasburgo. Tal como añade el numeral 4 del artículo 35.3.a), el Tribunal, que actúa de oficio y —recordemos— está compelido a ello, podrá proceder a la declaración de inadmisión en cualquier fase del procedimiento».

Ver Texto

(4) *Yugoslavia c. Estados Unidos de América, Medidas Cautelares*, Resolución de 2 de junio de 1999, pp. 925, *vid.*. J.J. Quintana, *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Leiden, Brill, 2015 y C. Esplugues, «¿Adiós justicia arbitral , adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ("early dismissal") como síntoma», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022-1,

Ver Texto

(5) *Vid.*. C. Esplugues, «¿Adiós justicia arbitral, adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ("early dismissal") como síntoma», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022-1, 2022.

Ver Texto

(6) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), «Falta manifiesta de mérito jurídico — Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI», Web CIADI.

Ver Texto

(7) La redacción vigente de la Regla 29 del Reglamento del SIAC es la siguiente: «*Early Dismissal of Claims and Defences 29.1 A party may apply to the Tribunal for the early dismissal of a claim or defence on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit; or b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal. 29.2 An application for the early dismissal of a claim or defence under Rule 29.1 shall state in detail the facts and legal basis supporting the application. The party applying for early dismissal shall, at the same time as it files the application with the Tribunal, send a copy of the application to the other party, and shall notify the Tribunal that it has done so, specifying the mode of service employed and the date of service. 29.3 The Tribunal may, in its discretion, allow the application for the early dismissal of a claim or defence under Rule 29.1 to proceed. If the application is allowed to proceed, the Tribunal shall, after giving the parties the opportunity to be heard, decide whether to grant, in whole or in part, the application for early dismissal under Rule 29.1. 29.4 If the application is allowed to proceed, the Tribunal shall make an order or Award on the application, with reasons, which may be in summary form. The order or Award shall be made within 60 days of the date of filing of the application, unless, in exceptional circumstances, the Registrar extends the time».*

Ver Texto

(8) *Vid.*. art. 43.5º y 6º del Reglamento del HKIAC establece un plazo de 30 días para que el Tribunal Arbitral resuelva sobre procedibilidad de la excepción planteada —determinación preliminar y/o desestimación temprana— y, posteriormente, de 60 días para decidir sobre su procedencia. En concreto, el tenor literal de dichos preceptos es el siguiente: «*43.5º. after providing all other parties with an opportunity to submit comments on the request, the arbitral tribunal issue a decision either dismissing the request or allowing the request to proceed by fixing the early determination procedure in the form it considers appropriate. The arbitral tribunal shall make such decision within 30 days from the date of filing the request. This time limit may be extended by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKIAC. 43.6º. If the request is allowed to proceed the arbitral tribunal shall make its order or award, which may be in summary form, on the relevant points of law or fact. The arbitral tribunal shall make such order or award within 60 days from the date of its decision to proceed. This time limit may be extended by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKIAC*»).

Ver Texto

(9) *Vid.*. art. 22 del Reglamento de Arbitraje CCI, en su redacción vigente, que dispone lo siguiente: «1. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. 2. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, deberá adoptar las medidas procesales que considere apropiada, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes (...)».

Ver Texto

(10) Como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid («CIAM») que, en el Artículo 44.g) de su Reglamento referido a los «Poderes de los Árbitros» incluye el siguiente: «g) Resolver, como cuestión previa y mediante laudo, tanto las objeciones a la competencia de los árbitros conforme al art. 39.4º del presente Reglamento como aquellas pretensiones o excepciones que de forma manifiesta sean jurídicamente infundadas, adoptando para ello las medidas procedimentales que consideren

apropiadas».

Ver Texto

(11) *Vid.*. art. 27.c) del Reglamento de la CEA que señala: «sin carácter exhaustivo, esta potestad de los árbitros comprende las siguientes facultades: (...) c) Resolver, como cuestión previa y mediante laudo, tanto las objeciones a la competencia de los árbitros conforme al art. 43.4º del presente Reglamento, como aquellas pretensiones o excepciones que de forma manifiesta sean jurídicamente infundadas, adoptando para ello las medidas procedimentales que consideren apropiadas»; o art. 24.g) del Reglamento del CIAM que dentro de los «Poderes de los Árbitros» incluye los siguientes: «g) Resolver, como cuestión previa y mediante laudo, tanto las objeciones a la competencia de los árbitros conforme al art. 39.4º del presente Reglamento como aquellas pretensiones o excepciones que de forma manifiesta sean jurídicamente infundadas, adoptando para ello las medidas procedimentales que consideren apropiadas».

Ver Texto

(12) En este sentido, B. Primrose, A. Raviv o PH. Chong, de los que hace cita C. Esplugues, «¿Adiós justicia arbitral, adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda ("*early dismissal*") como síntoma», para expresar una opinión discrepante en el siguiente sentido: «la explicitación de la admisión de la figura, más allá de reflejar la inexistencia de un poder implícito del árbitro en tal sentido», resaltaría la exigencia de contar con un mandato normativo claro y taxativo al respecto, en ausencia de una aceptación por las partes (pp. 45 y 89).

Ver Texto

(13) *Vid.*. R. Gerbay, «*Due process* Paranoia», *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

Ver Texto

(14) *Vid.*. G. Cordero-Moss, «UNCITRAL Working Group II: Early Dismissal and Preliminary Determination in Expedited Arbitraton?», *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.

Ver Texto

(15) *Vid.*. Secretaría CNMUDMI, «Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2021)», pp-14, p. 66, web CNMUDMI, octubre 2021.

Ver Texto

(16) *Vid.*. Secretaría CNMUDMI, «Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2021)», pp-14, p. 66, web CNMUDMI, octubre 2021.

Ver Texto

(17) *Vid.*. Secretaría CNMUDMI, «Informe del Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias) sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2021)», web

CNMUDMI, octubre 2021.

Ver Texto

(18) *Vid.*. Singapore International Arbitration Centre (SIAC), «Reporte Anual 2021», 2021, pp. 26 ss y Q. Wu, «Early Dismissal at SIAC: The Scalpel and the Gospel», *CDR- The Belt and Road Initiative*, 2022.

Ver Texto

(19) *Vid.*. HKIAC , «Estadísticas 2021», página web HKIAC.

Ver Texto

(20) *Vid.*. Q. Wu, «Early Dismissal at SIAC: The Scalpel and the Gospel», *CDR- The Belt and Road Initiative*, 2022.

Ver Texto

(21) *Vid.*. HKIAC , «Estadísticas 2021», página web HKIAC.

Ver Texto

(22) *Vid.*. Q. Wu, *«Early Dismissal at SIAC: The Scalpel and the Gospel», CDR- The Belt and Road Initiative, 2022, que señala: «For instance, in a successful case at SIAC, a case valued at SGD 30 million (approximately USD 22 million) was concluded within six months when the tribunal determined that all of the claimant's claims were "manifestly without legal merit" and dismissed those claims pursuant to the ED mechanism»* .

Ver Texto

(23) K. Polonskaya, «Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims that May be Curtailed in an Expedient Fashion», *Asper Review of International Business and Trade Law*, pp.1.

Ver Texto

(24) *Vid.*. Q. Wu, «Early Dismissal at SIAC: The Scalpel and the Gospel», *CDR- The Belt and Road Initiative*, 2022.

Ver Texto

JURISPRUDENCIA

CRÓNICAS

A vueltas con el Comité Jurisdiccional de la RFEF, la nulidad de los laudos arbitrales y la competencia de los tribunales del orden social

Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de enero, 22 de marzo, 13 de julio y 26 de julio de 2022)

The Jurisdictional Committee of the RFEF, the nullity of arbitration awards and the competence of the courts of social order: commentary on the SSTJ of Madrid of 18 january, 22 march, 13 july and 26 july 2022

Como consecuencia de la práctica deportiva, el auge desmedido del deporte profesional y la mercantilización del mismo, cada vez es más frecuente que ciertas controversias deportivas no solo se resuelvan por la vía «preferente» del arbitraje, sino que, en muchas ocasiones, por una razón u otra, dichas controversias suelen acabar ante los tribunales ordinarios. Si bien es cierto, las entidades y las organizaciones deportivas son bastante reservadas y, sobre todo, recelosas de que sus cuestiones acaben ante los tribunales ordinarios; ello, además, cuando las mismas poseen mecanismos «internos» para hacer «ejecutar» lo «juzgado». No obstante, en numerosas ocasiones, algunos organismos deportivos invaden competencias jurisdiccionales y, como consecuencia de ello, los tribunales competentes les recuerdan que, pese al ámbito privado de la esfera deportiva, éste todavía se encuentra sometido al imperio de la ley y al control estatal. A este respecto, en la presente disertación, se pretende realizar un comentario conjunto de cuatro resoluciones que analizan la acción 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.

As a consequence of the practice of sport, the excessive growth of professional sport and the commercialization of sport, it is becoming more frequent that certain sporting disputes are not only resolved by the «preferential» route of arbitration, but that, on many occasions, for one reason or another, these disputes tend to end up before the ordinary courts. It is true that sporting bodies and organizations are rather reserved and, above all, wary of their issues ending up before the ordinary courts, especially when they have «internal» mechanisms for «enforcing» what has been «judged». However, on several occasions, certain sporting bodies invade jurisdictional competences and, as a result, the competent courts remind them that, despite the private nature of the sporting sphere, it is still subject to the rule of law and state control. In this respect, the present dissertation aims to provide a joint commentary on four decisions that analyze the action for annulment of an arbitration award issued by the Jurisdictional Committee

of the Royal Spanish Football Federation.

Sport, Jurisdictional Committee, arbitration award, action for nullity.

Y**eray Romero Matute**

Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza

Doctor en Derecho Internacional privado Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

El deporte contemporáneo es un fenómeno eminentemente mundial. Es más, se podría llegar a considerar que los eventos deportivos han superado casi todas las barreras posibles y, actualmente, todas las cuestiones que engloban al deporte y afectan, de un modo u otro, al Derecho deportivo, se encuentran en un constante cambio y en una evolución permanente. En este sentido, el deporte *per se* y la actividad deportiva han crecido considerablemente y, consecuencia directa de lo anterior, se ha producido una vinculación muy estrecha entre el deporte y la vertiente más mercantilista del mismo; pues, cada vez con más frecuencia, los aspectos patrimoniales adheridos al mundo deportivo se ven envueltos en controversias que deben ser resueltas por diferentes comités deportivos, comités de apelación e, incluso, por los propios tribunales ordinarios.

En primer lugar, cabe decir que el presente trabajo va a centrarse en el estudio de cuatro sentencias emitidas, todas ellas, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en adelante (TSJ de Madrid) (1) . Si bien es cierto, tales pronunciamientos tienen un denominador común, pues dichas resoluciones se encuentran estrechamente relacionadas con cuestiones y pronunciamientos previos emitidos por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol, en adelante (Comité Jurisdiccional de la RFEF) (2) .

No obstante, antes de profundizar en dichas resoluciones, así como en los efectos jurídicos que las mismas comportan, conviene traer a colación una disertación sobre la misma cuestión ya publicada con anterioridad —del mismo autor que suscribe el presente análisis—, y que da origen a este nuevo examen (3) . Dicho lo cual, como ya se analizó y razonó en la mencionada publicación, cabe recordar que las resoluciones emitidas por el Comité Jurisdiccional de la RFEF poseen la naturaleza de «laudo arbitral»; además, dicho comité no debe interpretarse como un tribunal deportivo cualquiera, sino que, a todos los efectos y según la jurisprudencia nacional más reciente, éste debe considerarse, *de*

facto, como un verdadero «tribunal arbitral» (4) .

II. STSJ MADRID N.º 1/2022 DE 18 DE ENERO DE 2022

1. Hechos

Con antelación al comienzo del procedimiento dirimido ante el TSJ de Madrid, cabe precisar los pormenores de una controversia previa que llevó a un equipo profesional de fútbol y a un entrenador deportivo contratado por este mismo club, a solventar dicho conflicto ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF.

En este sentido, el 2 de marzo de 2021 el equipo de fútbol profesional, el Club Deportivo Lugo SAD, en adelante (*CD Lugo*), contrató a un técnico deportivo para llevar las riendas del primer equipo mediante el pertinente «contrato de trabajo de entrenador profesional» para lo que restaba de la temporada 2020/2021, así como para la temporada próxima 2021/2022, en adelante (*L. Sampedro*). Si bien es cierto, como consecuencia de los malos resultados deportivos del club y, según la manifestación del propio club, por la «reiterada y continuada dejación de los deberes elementales del entrenador», éste fue cesado con la correspondiente carta de despido.

No obstante, ante el fulminante despido del entrenador, éste decidió actuar contra el acto promovido por el *CD Lugo* y, para ello, inició varios procedimientos al respecto: 1.º) acudió al servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Lugo —no se consiguió llegar a un acuerdo en común— y, consecuentemente, *L. Sampedro* interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social de Lugo; asimismo, con independencia de lo anterior, 2.º) éste también instó un procedimiento ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF solicitando una reclamación de cantidad como consecuencia de su ejercicio como entrenador profesional en el *CD Lugo*. Consecuencia de lo anterior, el *CD Lugo* manifestó su negativa respecto de la competencia que ostentaba el Comité Jurisdiccional de la RFEF para dirimir dicha controversia —un despido disciplinario—, puesto que, tales circunstancias, solo podían ser competencia de los tribunales ordinarios; concretamente, de los tribunales del orden social.

En este sentido, el 13 de mayo de 2021, el Comité Jurisdiccional de la RFEF estimó la solicitud del entrenador de manera parcial y, a su vez, condenó al *CD Lugo* al abono de 16.500 euros (€) brutos como consecuencia de la reclamación salarial interpuesta por *L. Sampedro*. Esto último, en concepto de los emolumentos que éste debía de haber percibido por la temporada 2020/2021. Consecuencia directa de la emisión de la citada resolución, el *CD Lugo* interpondría la pertinente demanda de nulidad del laudo arbitral ante el TSJ de Madrid con fecha de 22 de junio de 2021.

> Los pronunciamientos estudiados tienen un denominador común, pues dichas resoluciones se encuentran estrechamente relacionadas con cuestiones y pronunciamientos previos emitidos por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol

2. Argumentos esgrimidos por las partes

Expuesto lo anterior, como consecuencia de la resolución emitida por el Comité Jurisdiccional de la RFEF el 13 de mayo de 2021, el *CD Lugo* impugnaría dicho laudo argumentando su solicitud con base en las alegaciones que se detallan a continuación:

- El club deportivo alegó que, consecuencia de la naturaleza «arbitral» del Comité Jurisdiccional de la RFEF, así como de la calificación de sus resoluciones entendidas como «laudos arbitrales», la impugnación de dicho laudo debía realizarse mediante el cauce utilizado y, sobre todo, al amparo del TSJ de Madrid —por ser el órgano encargado que, actualmente, ostenta la competencia judicial en cuestiones de esta índole (5) —.

- Habida cuenta de lo anterior, el club consideró que el Comité Jurisdiccional de la RFEF se había excedido en su competencia, así como en el pronunciamiento sobre la citada cuestión. En este sentido, el *CD Lugo* interpretó que el despido laboral, así como la decisión sobre los emolumentos del entrenador correspondían, en exclusiva, a la competencia de los tribunales ordinarios del orden social.

- Estrechamente relacionado con lo anterior, el club deportivo razonó que los procedimientos iniciados por *L. Sampedro* reflejaban una contradicción en sí misma y, sobre todo, en relación con la doctrina de los actos propios. Ello debía considerarse así, pues el entrenador interpuso una demanda ante los tribunales del orden social y, a su vez, una reclamación ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF; ello, a sabiendas de que el orden social era el cauce competente para dirimir cuestiones de esta índole en exclusiva.

Sobre esta cuestión, *L. Sampedro* —la parte demandada—, respondió a la demanda instada por el *CD Lugo* y, en cierto modo, se opuso a los argumentos aducidos por el club apoyándose en las pretensiones que se exponen a continuación:

En ningún momento, *L. Sampedro* negó la existencia de un contrato de trabajo; si bien, éste consideraba que dicha relación laboral revestía la naturaleza de una relación laboral de carácter especial de deportista profesional. Por ende, el susodicho, defendía que la relación que le unía al club y a la propia federación deportiva, a través de la licencia federativa, se superponía a la relación laboral y, por esta razón, el entrenador defendía la competencia del Comité jurisdiccional de la RFEF para solventar dicha controversia.

- Asimismo, también adujo que las circunstancias que rodeaban al despido no eran cuestiones puramente arbitrales y argumentaba la competencia de los tribunales del orden social. No obstante, éste consideraba que los emolumentos dejados de percibir por los dos meses de trabajo realizado, sí que debían considerarse como cuestiones arbitrables y, por lo tanto, debían resolverse bajo la postestad del Comité jurisdiccional de la RFEF. Asimismo, *L. Sampedro* consideró que su contestación a la demanda debía entenderse como un allanamiento parcial.

- Igualmente, el representante procesal de *L. Sampedro* alegó la existencia de una cláusula de

sumisión a favor del Comité Jurisdiccional de la RFEF; si bien, al no interpretarse como nula, esta parte considero que dicha sumisión debería considerarse como válida y, en consecuencia, debería interpretarse que el contenido del laudo arbitral no interfería en el «segundo» procedimiento ante los tribunales del orden social —despido laboral—. Asimismo, esta parte también expuso que la demanda interpuesta por el *CD Lugo* debía ser desestimada con base en una «carencia sobrevenida del objeto» del procedimiento.

Finalmente, una vez analizados tanto los fundamentos de la demanda como de la contestación a la misma, el TSJ de Madrid interpretó que los argumentos expuestos en la reclamación del *CD Lugo* debían prosperar y, por lo tanto, estimó dicha solicitud y concedió la nulidad al laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF de fecha 13 de mayo de 2021. El TSJ de Madrid adujo que, el mencionado comité, había resuelto sobre una materia de la que carecía de competencia dado que eran cuestiones «no susceptibles de arbitraje».

III. STSJ MADRID N.º 10/2022 DE 22 DE MARZO DE 2022

1. Hechos

En este segundo supuesto, al igual que acontecía en el caso anterior y en todos los que suceden a éste, se solventa una controversia ante el TSJ de Madrid en relación con la nulidad de un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF. El caso en cuestión, enfrentó a una empresa de representantes de jugadores y al propio jugador al que representaba dicha mercantil. En este sentido, la cuestión principal de este suceso versó sobre si las cantidades económicas que se habían pactado en un contrato de representación de jugador profesional, de fecha 1 de septiembre de 2017, entre la mercantil Niagara Sports Company SL, en adelante (*Niagara Sports*), y el jugador profesional, en adelante (*jugador*), habían sido abonadas a dicha compañía por parte del *jugador* o bien por parte del club deportivo empleador —*Real Madrid CF*—.

Habida cuenta de ello, el 10 de agosto de 2021, la mercantil *Niagara Sports* llevó tal circunstancia ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF. Éste, emitió una resolución parcial estimatoria de la petición de la mercantil en la que se condenaba al *jugador* deportista al abono de la cantidad de 14.700 €; ello, como consecuencia del acuerdo suscrito entre ambas partes de fecha 1 de septiembre de 2017. Posteriormente, como consecuencia de dicha resolución arbitral, el *jugador* decidió interponer una demanda de anulación frente al TSJ de Madrid con fecha de 11 de octubre de 2021.

2. Argumentos esgrimidos por las partes

Expuesto lo anterior, como consecuencia de la resolución emitida por el Comité Jurisdiccional de la RFEF el 10 de agosto de 2021, el *jugador* impugnaría dicho laudo arbitral respaldando su solicitud con base en una única alegación que se detalla a continuación:

- La única pretensión en la que se sustentó la reclamación del *jugador* ante el TSJ de Madrid, versó sobre la vulneración del orden público procesal. Habida cuenta de ello, el deportista consideró que el Comité Jurisdiccional de la RFEF había vulnerado el principio de contradicción y de igualdad en el procedimiento llevado ante dicha instancia arbitral. Asimismo, éste interpretó que

el propio comité había prescindido de argumentar las razones que le llevaron a conceder un nuevo trámite a la mercantil *Niagara Sports* y, además, el *jugador* consideró que dicha actuación, así como el traslado de la réplica y de la prueba practicada en el procedimiento, habían provocado un menoscabo de las normas procesales. Lo que, a su vez, había generado —según el propio *jugador*—, la citada vulneración del orden público procesal.

Sobre este particular, la mercantil *Niagara Sports* —la parte demandada—, contestó a la demanda interpuesta por el *jugador* oponiéndose a la misma; sustentando todas sus pretensiones en la inexistencia de la conculcación del orden público:

- Habida cuenta de ello, la mercantil consideró que no se había infringido el contenido reflejado en los artículos del Reglamento General de la RFEF —de conformidad con lo referido al «trámite de audiencia y de contradicción»—. Dicho lo cual, la mercantil *Niagara Sports* defendió que el procedimiento llevado a cabo ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF se había realizado con todas las garantías jurídico-procesales para ambas partes (arts. 41 y ss. Reglamento General RFEF) (6) .

Posteriormente, extractados los argumentos de cada una de las partes y tras un análisis preciso de la cuestión principal, el TSJ de Madrid interpretó que la demanda de nulidad interpuesta por el *jugador* debía ser desestimada y, por consiguiente, no concedió la nulidad del laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF con fecha de 10 de agosto de 2021.

IV. STSJ MADRID N.º 27/2022 DE 13 DE JULIO DE 2022

1. Hechos

Nuevamente, como se ha expuesto en el caso anterior, en este tercer supuesto sucede algo muy similar; si bien es cierto, el resultado obtenido es completamente opuesto. Sobre este particular cabe decir que, al igual que en los casos que preceden, un caso dirimido ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF fue llevado ante el TSJ de Madrid para que anulase la resolución arbitral. Habida cuenta de ello, es menester apuntar que la presente controversia se desarrolló en torno a un contrato de representación entre —de lo que se puede deducir de la sentencia—, un jugador profesional, en adelante (*jugador*), el representante de una mercantil, en adelante (*intermediario*), y la propia empresa HM Football Sport Management SL, en adelante (*Sport Management*).

En este sentido, tanto por parte del *intermediario*, como por parte la mercantil *Sport Management*, se interpuso una demanda ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF el 23 de septiembre de 2021. Esto último, trajo causa de una reclamación económica de 181.500 dólares americanos (USD) del *intermediario* y la mercantil *Sport Management* en contra del *jugador*; esto último, como consecuencia del contrato de representación existente entre ambas partes. Si bien es cierto, ante el movimiento y la demanda interpuesta ante el comité, el *jugador* redactó un escrito de alegaciones en el que manifestaría lo siguiente: a) el Comité jurisdiccional de la RFEF carecía de competencia judicial —la cláusula décima del contrato de representación en el que constaba la sumisión a dicho tribunal debía considerarse como ambigua—; b) niega la naturaleza del Comité jurisdiccional de la RFEF como

organismo puramente «arbitral»; y, c) expuso que no se le dio el traslado oportuno de ciertos documentos procesales —*v.gr.*, «escrito de ampliación del plazo, escrito de alegaciones y proposición de prueba»—.

Expuesto lo anterior y despejada la controversia ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF, el 28 de octubre de 2021, dicho comité decidió estimar parcialmente la reclamación interpuesta por el *intermediario* y la mercantil *Sport Management*. En este sentido, el comité arbitral dictaminó que el *jugador* debía abonar la cantidad de 75.000 USD, más el impuesto del valor añadido que correspondiese, tras la emisión de la correspondiente factura. Consecuencia directa de la citada resolución, el *jugador* acudió al TSJ de Madrid e interpuso demanda de anulabilidad del laudo arbitral con fecha de 29 de diciembre de 2021.

2. Argumentos esgrimidos por las partes

Sintetizados los hechos de la controversia, pese a la estimación parcial de la reclamación planteada por el *intermediario* y la mercantil *Sport Management*, el *jugador* demandado decidió instar la pertinente demanda de nulidad del laudo arbitral ante el TSJ de Madrid apoyándose en los distintos argumentos que se detallarán a continuación:

- Principalmente, esta parte fundamentó toda su demanda en los motivos presentados en el art. 41 LA (7) . El jugador interpretó que: a) el convenio arbitral debía considerarse inexistente —*ex* art. 41.1º.a) Ley 60/2003—; b) la designación del árbitro no se había producido y, además, al no realizarse las notificaciones pertinentes en relación con ciertas actuaciones arbitrales, se había originado una conculcación del derecho de contracción y, a su vez, provocado una indefensión procesal —*ex* art. 41.1º.b) Ley 60/2003—; c) el Comité Jurisdiccional carecía de la naturaleza y/o calificación de comité «arbitral» —*ex* art. 41.1º.d) Ley 60/2003—; y, d) se había generado una vulneración del orden público —art. 41.1º.f) Ley 60/2003— (8) .

Expuesto lo anterior, el *intermediario* y la mercantil *Sport Management* —la parte ahora demandada —, contestó a la demanda interpuesta por el *jugador* oponiéndose a la misma; impugnando, asimismo, todos los motivos en los que se había fundamentado dicha reclamación y, por ende, solicitando la desestimación de la demanda en su totalidad.

Finalmente, sintetizados los argumentos principales de ambas partes y, una vez que el TSJ de Madrid analizó, una a una, todas las pretensiones argumentadas en la demanda interpuesta por el *jugador*, dicho tribunal consideró prudente estimar dicha demanda y conceder la nulidad al laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF de 28 de octubre de 2021.

V. STSJ MADRID N.º 29/2022 DE 26 DE JULIO DE 2022

1. Hechos

En este último caso, se vuelve a presentar un supuesto que presenta una cierta conexión con la primera de las resoluciones extractadas, sobre todo, por la similitud acaecida en relación con un conflicto de índole laboral y la competencia de los tribunales del orden social. Expuesto lo anterior,

se puede vaticinar que la controversia resultante de este análisis proviene de un despido deportivo promovido por el club de fútbol empleador y la existencia de una serie de cláusulas contractuales muy particulares. Dicha contienda, fue resuelta inicialmente ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF y, posteriormente, acabaría resolviéndose bajo la potestad del TSJ de Madrid.

En este sentido, se debe precisar que el supuesto trae causa de la formalización de un «contrato de trabajo de entrenador profesional» de fecha 12 de noviembre de 2014 entre, por un lado, el Club deportivo Real Sociedad de Fútbol SAD, en adelante (*Real Sociedad*) y, por otro, un entrenador, en adelante (*D. Moyes*), para las temporadas 2014/2015 y 2015/2016. Como causa directa de lo anterior, se formalizaron una serie de cláusulas contractuales; la primera de ellas, consistía en que los emolumentos percibidos por *D. Moyes* por parte de la *Real Sociedad* debían considerarse «netos» y, a su vez, en el supuesto de que «las autoridades fiscales españolas o británicas solicitaran al actor que pagara cualquier cantidad en concepto de impuestos, retenciones, recargos, penalizaciones o intereses como consecuencia del contrato, el actor tendría derecho a recuperar dichas cantidades por parte de la *Real Sociedad*, que vendría obligada a devolverlas inmediatamente» (cláusula 11ª).

Mientras que la segunda, precisaba que en el supuesto de que surgiera alguna controversia «en relación con el desarrollo o la interpretación» del contrato de trabajo de entrenador profesional, «en aras a solucionar dicha disputa de manera amistosa, y antes de acudir a cualquier otro órgano competente en otras jurisdicciones, las partes expresamente se someten al procedimiento arbitral del Comité Jurisdiccional y de Conciliación de la RFEF» (cláusula 13ª).

Expuesto lo anterior, tras un año de la formalización del contrato, la *Real Sociedad* decidió cesar del cargo a *D. Moyes* en noviembre del año 2015. Si bien es cierto, cuando *D. Moyes* regresó a Reino Unido, como consecuencia de su actividad como entrenador profesional en España , éste había generado una deuda fiscal en Reino Unido; deuda que ascendía a la cuantía de 799.190 libras esterlinas (£). Por esta razón, en atención a esta deuda fiscal y el contenido de la cláusula 11ª, el entrenador decidió reclamar dicha cantidad al club deportivo. Así pues, ante la negativa del club a resarcir dicha deuda, *D. Moyes* interpuso reclamación ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF; no obstante, el 6 de abril de 2021 dicho comité inadmitió la citada demanda como consecuencia de la prescripción de la acción. Tras la negativa del tribunal arbitral de la RFEF, el entrenador interpuso demanda de nulidad ante el TSJ de Madrid con fecha de 8 de junio de 2021.

2. Argumentos esgrimidos por las partes

En primer lugar, extractados los hechos principales del supuesto en cuestión, es preciso apuntar los argumentos en los que el entrenador basó su demanda ante el TSJ de Madrid.

- Básicamente, la parte ahora también demandante en este procedimiento, argumentó que la cuestión resuelta por el Comité Jurisdiccional de la RFEF era una materia excluida y, por lo tanto, no podía ser enjuiciada por la vía del arbitraje. Esta parte consideró que, dicha materia de índole puramente laboral, debía ser resuelta por la jurisdicción social [art. 41.1º.e) LA].

En segunda instancia, la *Real Sociedad* contestó a la demanda interpuesta por *D. Moyes* y se opuso a la misma, sustentando dicha pretensión en los argumentos que a continuación van a ser detallados:

- La parte demandada, no niega la existencia de la cláusula 13ª; si bien, esta parte considera «parcialmente cierto», que dicha cláusula posibilita al demandante interponer la demanda ante el TSJ de Madrid con posterioridad a la reclamación interpuesta ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF. Esto último, lo fundamenta en que dicha cláusula permite ambas opciones y no coarta al demandante la posibilidad de acudir al orden social.

- Se alega por esta parte, el desconocimiento de la existencia del origen y las auténticas razones por las que las autoridades de Reino Unido, le exigen a su ex entrenador 799.190 £. Asimismo, la *Real Sociedad* afirmó que cumplió con todas sus obligaciones fiscales y no adeudaba ninguna cantidad económica al entrenador profesional, *D. Moyes*.

  En tercer lugar, esta parte alegó que la reclamación interpuesta por el demandante debía considerarse como «extemporánea» y que concurría «la excepción de prescripción».

- Asimismo, la *Real Sociedad* consideró que la resolución emitida por el Comité Jurisdiccional de la RFEF no constituía «un laudo arbitral sometido a la Ley de Arbitraje, ni las partes sustituyeron en la cláusula decimotercera del contrato la competencia de la jurisdicción social por la de dicho Comité, que únicamente intervino como trámite previo al jurisdiccional a instancia precisamente de quién, en contra de sus actos, insta la nulidad de su decisión, cuando nada ni nadie le impide reiterar su pretensión sin cortapisa alguna en dicha jurisdicción social, que es por imperio de la Ley la competente para conocer y dilucidar los conflictos surgidos entre dichas Partes contratantes».

En última instancia, toda vez que han sido extractados los argumentos de las partes y, tras el análisis pertinente llevado a cabo por el TSJ de Madrid —con voto particular incluido de un magistrado ponente—, dicho tribunal consideró acertada la decisión de desestimar la demanda interpuesta por el entrenador profesional de fútbol, *D. Moyes* y, por ende, no conceder la nulidad al laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF de 6 de abril de 2021.

VI. ANÁLISIS DE LAS SSTSJ MADRID DE 18 DE ENERO, 22 DE MARZO, 13 DE JULIO Y 26 DE JULIO DE 2022

Con carácter previo al análisis y comentario de las sentencias citadas, se va a realizar un comentario conjunto de los temas comunes tratados en las siguientes resoluciones. Para ello, se ha decidido centrar la atención en los apartados que a continuación se detallan: 1.º) la naturaleza y calificación del entrenador de fútbol profesional y los contratos anejos a dicha figura; 2.º) los límites del procedimiento de nulidad de un laudo arbitral; 3.º) las cláusulas de sumisión a arbitraje; y, 4.º) la naturaleza arbitral del Comité Jurisdiccional de la RFEF.

1. Cuestiones previas

A) La naturaleza y calificación del entrenador de fútbol profesional y los contratos anejos a dicha figura

Antes que nada, es preciso manifestar que la cuestión que se anticipa ya ha sido debatida tanto por

la doctrina como por parte de la jurisprudencia en numerosas ocasiones; y, de manera conjunta, se ha llegado a la conclusión de que la relación de un entrenador deportivo que se encuentre de manera voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y bajo el amparo de una organización y dirección de un club deportivo, será calificada de laboral (art. 1.1º ET) (9) .

Si bien es cierto, con independencia de la terminología usada en el contrato, la calificación que el deportista o la organización deportiva pretendan dar en el acuerdo suscrito entre ambas, no garantiza el propósito real del mismo. Es ampliamente conocido que las relaciones contractuales «tienen la naturaleza jurídica que deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes». En cuyo caso, de conformidad con la calificación que las partes pueden llegar a realizar, sigue prevaleciendo la naturaleza que se encuentre más acorde con la realidad presentada y, sobre todo, por los actos que son llevados a cabo para ejecutar el contenido del contrato suscrito.

En este sentido, además de encontrarnos ante una relación laboral, los entrenadores que se encuentren en una situación como la descrita anteriormente, serán calificados, además, como deportistas profesionales; *ergo*, también les será de aplicación el Real Decreto 1006/1985 por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, en adelante (RD 1006/1985) (10) .

En el caso que nos ocupa, esto último es corroborado por el TSJ de Andalucía en su sentencia de 9 de enero de 2020; pues, éste ya expresó que la relación laboral de los entrenadores deportivos debe, a su vez, equipararse a la relación laboral de los deportistas profesionales. Ello debe ser así, puesto que «la figura de manager general que es la correspondiente a las funciones que venía prestando servicios el actor (...) las había compatibilizado con las de entrenador, está dentro de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, al darse el elemento determinante y especifico que lo identifica con respecto a la relación laboral ordinaria, esto es: «la práctica del deporte» (art. 1.2º RD 1006/1985) (11) .

Por completar esta parte, cabe expresar que existen distintas figuras en el ámbito deportivo que son excluidas de la relación laboral de deportista profesional; en este sentido, según la propia jurisprudencia nacional, se entiende que quedarían al margen del RD 1006/1085: a) una limpiadora de las instalaciones de un club; b) un utillero de un club deportivo; c) el cuidador del campo; d) el jefe del servicio médico; e) un masajista —ni siquiera cuando el masajista sea personal de confianza en un equipo de elite—, etc.

No obstante, desde el año 1985, la jurisprudencia ha ido incluyendo dentro del ámbito de los deportistas profesionales a las distintas figuras deportivas que se mencionan a continuación: a) entrenadores; b) coordinadores técnicos; c) un segundo entrenador; d) el entrenador de un equipo juvenil; d) el técnico de la selección de waterpolo; e) un preparador físico; f) un director deportivo; o, por ejemplo g) la figura del mánager, entre otras (12) .

Expresado lo anterior y, sobre todo por el caso que nos ocupa, cabe precisar que la comparativa, así como la propia inclusión de un entrenador en el régimen laboral especial del deportista profesional

se debe a una serie de argumentos y pretensiones. Como se ha matizado, por las funciones que desempeña el entrenador, así como por las tácticas, estrategias, prácticas deportivas que realiza en pro de obtener el máximo rendimiento y los mejores resultados deportivos en las distintas competiciones que participa, le hacen pieza clave en el proyecto de un club deportivo. Es por esta razón, por la que a esta figura no solo se le debe comparar con un deportista profesional, sino que, sin la dirección deportiva de un entrenador, un equipo no podría conseguir los resultados que se ha propuesto ni podría funcionar como es debido. Por todo ello, esto no solo evidencia la relación laboral de un entrenador con su propio club empleador, sino también la similitud, por analogía, con un deportista profesional.

B) Los límites del procedimiento de nulidad de un laudo arbitral

Nuevamente, como ya se hizo alusión en la anterior publicación referenciada, las partes que solicitan el auxilio judicial e instan la acción de nulidad de un laudo arbitral ante un Tribunal Superior de Justicia —competencia que les ha sido conferida a dichos organismos judiciales—, sustentan sus demandas en los diferentes motivos que permite el art. 41 LA: a) el convenio arbitral no existe o debe interpretarse como no válido [art. 41.1º.a) Ley 60/2003]; b) no se han realizado las notificaciones pertinentes de conformidad con cuestiones del procedimiento arbitral [art. 41.1º.b) LA]; c) el tribunal ha resuelto sobre aspectos no sometidos a su decisión [art. 41.1º.c) LA]; d) la elección del tribunal arbitral, así como los aspectos procesales del procedimiento arbitral no han sido respetados de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes [art. 41.1º.d) Ley 60/2003]; e) la materia llevada ante el tribunal arbitral no puede resolverse a través de la vía arbitral [art. 41.1º.e) LA]; y, f) la resolución arbitral vulnera el orden público [art. 41.1º.f) LA].

Si bien es cierto, con independencia de que una de las partes de una de las resoluciones analizadas en la presente disertación alegase todos los motivos que permite el art. 41 LA —desde mi perspectiva es una estrategia procesal válida; aunque, a veces, hace perder tiempo al tribunal—, en un apartado posterior —análisis de las SSTSJ de Madrid— serán examinados los argumentos que, normalmente y con carácter general, han sido utilizados para solicitar la nulidad de un laudo arbitral ante el TSJ de Madrid.

Dicho lo cual, en primer lugar, cabe recordar lo que la jurisprudencia considera en relación con el recurso de nulidad de un laudo arbitral planteado ante los TSJ. Sobre este particular, los tribunales nacionales hacen especial hincapié en que no debe interpretarse, dicho recurso, como una segunda instancia; es más, el recurso no podrá servir para examinar y modificar las posibles deficiencias que se hubieran realizado en el proceso arbitral —los tribunales ordinarios poseen un delimitado y muy concreto «control extraordinario» de tales cuestiones— (13) .

Asimismo, estrechamente relacionado con lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que los motivos que permiten la nulidad de un laudo arbitral, «deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (...) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 de la Constitución».

Ello debe entenderse así, puesto que el propósito perseguido por el arbitraje, no es otro que «alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto» y, en el supuesto de que se pudiera revisar

el fondo del laudo arbitral por los tribunales ordinarios, inevitablemente se acabaría tergiversando el genuino propósito del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos —básicamente, el procedimiento llevado ante la instancia superior (TSJ), se limita a preservar y ofrecer unas garantías procesales de conformidad con unos supuestos ya tasados; cuestiones que no pueden interpretarse como una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (14) .

C) Las cláusulas de sumisión a arbitraje

En primer lugar, en el ámbito deportivo y como se hace referencia en una de las resoluciones analizadas, hay que precisar sobre la importancia «real» de la licencia federativa y, si bajo la perspectiva del asociacionismo y la importancia de las federaciones deportivas, dicha licencia tiene más importancia que, incluso, un contrato de naturaleza laboral. Asimismo, a este respecto, también cabría cuestionarse sobre la validez o no de las cláusulas de sumisión a arbitraje deportivo y, sobre todo, si la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra viciada en las cláusulas que son incorporadas por referencia en este tipo de acuerdos deportivos.

Habida cuenta de ello, hay ciertos autores que realmente se cuestionan si la licencia federativa —documento que permite la práctica deportiva al amparo de una federación en una modalidad deportiva correspondiente— puede entenderse, *stricto sensu*, como una aceptación implícita y voluntaria por parte del deportista de las disposiciones estatutarias que rigen a un organismo, entidad o institución deportiva. En este sentido, la doctrina que defiende esta postura considera que, la licencia federativa no conlleva, en cualquier caso, la adherencia a un convenio arbitral; esto último, por supuesto, desde la perspectiva no profesional de la práctica deportiva —la adscripción a un club y la adhesión a una federación deportiva, no puede entenderse como un acuerdo de adhesión de manera estricta— (15) .

Sobre este particular, es preciso distinguir la validez jurídica que presentan las cláusulas arbitrales que son incorporadas por referencia en los acuerdos deportivos dado que, aunque no sea una cuestión tratada de manera directa en las resoluciones analizadas, es un tema de especial importancia en la esfera deportiva de ámbito profesional —normalmente, dichas cláusulas suelen estar incluidas en los estatutos y reglamentos federativos de las entidades de naturaleza internacional [*v.gr.*, el Comité Olímpico Internacional (COI), la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), la Federación Internacional de Baloncesto (FIBA), entre otros]—. Si bien es cierto, en el ámbito profesional, existen diferentes corrientes doctrinales en relación con la validez o no de las cláusulas compromisarias incorporadas por referencia.

En relación con ello, hay que manifestar que existe una primera corriente doctrinal que considera que las cláusulas incorporadas por referencia en los acuerdos deportivos, conculcan el principio más básico en el que se sustenta el arbitraje; siendo éste, la autonomía de la voluntad de las partes. Dicha corriente interpreta que una parte no puede «obligar» a otra a dirimir una controversia ante un determinado tribunal, ni tan siquiera, coaccionarla para evitar que ésta acuda a otras vías judiciales —apoya su argumento tanto en la superioridad jerárquica que ostentan las entidades deportivas, como en el desconocimiento del contenido de lo que firma el propio deportista en tales acuerdos contractuales— (16) .

En segunda instancia, otra parte de la doctrina dilucida que el hecho de pertenecer a una entidad y/o federación deportiva lleva aparejada, ineludiblemente, la adhesión a la misma con lo que ello comporta. En este sentido, la aceptación implícitamente de toda su normativa, sus reglamentos, así como sus estamentos y, por supuesto, todas las cláusulas que aparezcan incluidas en tales disposiciones —los autores que defienden la citada postura, argumentan que la inclusión en una organización deportiva se lleva a cabo desde la propia voluntariedad, sin coacción alguna y, en este sentido, el deportista debería cumplir con lo estipulado por dicha institución— (17) .

Por otra parte, hay ciertos autores que cuestionan ya no tanto la naturaleza y/o la calificación de la cláusula arbitral, sino que los deportistas en un intento de llevar a cabo la práctica deportiva a nivel profesional, no poseen ninguna alternativa; en cuyo caso, no les queda otra opción que inscribirse en la federación deportiva pertinente. Dicho lo cual, esta parte de la doctrina considera que, al no tener ninguna otra posibilidad para efectuar el deporte al máximo nivel, al deportista no le queda más remedio que aceptar todos los términos y disposiciones que han sido incluidos en sus contratos y en los que, por supuesto, se han incorporado por referencia ciertas cláusulas compromisorias.

Desde la perspectiva analizada, cabe expresa que en el supuesto de que se produzca una controversia entre las partes, e hipotéticamente se acuda a la vía arbitral —como así indicaría alguna de las cláusulas firmadas entre las partes—, se podría llegar a considerar que el deportista habría acudido a ese procedimiento arbitral de manera impuesta y no voluntaria. Es decir, se podría llegar a considerar —de conformidad con esta corriente doctrinal—, que las cláusulas compromisorias que no han sido firmadas expresamente, podrían llegar a calificarse como «abusivas» y, por ende, se podría llegar a pensar que se está ante una especie de arbitraje «forzado» (18) .

Si bien es cierto, en contraposición con lo anterior, cabría ultimar dicho análisis con una nueva perspectiva, y es que hay algún otro autor que razona que el deportista, ante este tipo de cláusulas, no se encuentra sometido a un arbitraje «forzado», aunque también considera que este arbitraje no es del todo «voluntario» —sustentan dicha argumentación en el aval que las propias legislaciones nacionales ofrecen al arbitraje; siendo, además, impuesto solo por las entidades y organizaciones de la esfera deportiva— (19) .

No obstante, tras exponer lo anterior en relación con las cláusulas incorporadas por referencia en los acuerdos deportivos, se podría extrapolar de manera inversa que, en los acuerdos privados entre particulares, reina la autonomía de la voluntad de las partes. En cuyo caso, si ambas partes de mutuo acuerdo hubieran decidido incorporar una cláusula arbitral como método alternativo para la resolución de un conflicto y, además, esta fuera clara, precisa y no diera lugar a equívoco u error, esta debería de primar. Por supuesto, el tribunal arbitral no puede interpretar dicha cláusula como si le ofrecieran «carta blanca», pues éste debe ceñirse a las pretensiones que las partes hubieran decidido someter a la vía arbitral (20) .

En este sentido, el Tribunal supremo, en adelante (TS), considera que para concretar si el convenio arbitral realmente existe y es efectivo, debe de quedar probada la intención y la voluntad de ambas partes por y para someterse a la vía arbitral —con carácter general, los tribunales nacionales, a

veces, se sirven de ciertos indicativos que ponen de manifiesto la intención «real» de las partes (*v.gr.*, actuaciones, correspondencia mantenida, etc.)— (21) . Asimismo, cabe manifestar que dichos tribunales, en aras de favorecer el arbitraje, suelen ser bastante laxos a la hora de validar la existencia de los acuerdos y/o convenios arbitrales —*v.gr.*, pese a la inexistencia de un acuerdo arbitral, el TS sostuvo que las partes se habían sometido tácitamente a arbitraje— (22) .

De la misma manera, también cabe detallar que el convenio arbitral debe ser óptimo desde la perspectiva del fondo del mismo y, por esta razón, varias premisas deben analizarse en torno a dicha cuestión: 1.º) la validez del fondo del acuerdo debe ser analizada de acuerdo con la ley que las partes de manera conjunta hubieran elegido (23) ; 2.º) si ambas partes no hubiesen seleccionado una ley que rija el fondo del acuerdo arbitral, éste se sustentará en la ley del Estado en donde se hubiese celebrado el procedimiento o dictado el laudo; 3.º) el tribunal debe comprobar y validar si el acuerdo arbitral ha sido impuesto, se ha forzado a una de las partes y/o si ha existido un vicio en el consentimiento; en cuyo caso, ello conllevaría aparejado la nulidad de dicho acuerdo (24) .

D) La naturaleza arbitral del Comité Jurisdiccional de la RFEF

Si bien es cierto, al principio de esta disertación ya se ha hecho referencia al artículo publicado con anterioridad en el que se analizó la naturaleza «arbitral» del Comité Jurisdiccional de la RFEF. No obstante, como consecuencia de los repetidos equívocos por parte de los tribunales nacionales en relación con la calificación del Comité Jurisdiccional de la RFEF, es menester analizar, brevemente y sin que parezca redundante, la naturaleza de dicho comité. En este sentido, y a mayor abundamiento, cabe decir que la última de las resoluciones expuestas en la presente disertación establece, nuevamente, que «la resolución dictada por el Comité Jurisdiccional de la RFEF, no puede ser considerada un "laudo"» (25) —. Consecuentemente, si las resoluciones de dicho comité no pueden ser calificadas como laudos, el Comité jurisdiccional de la RFEF —bajo dicha premisa—, no podría ser considerado como un auténtico comité arbitral; *ergo*, de lo anterior se deduce indirectamente que ese ha sido el propósito perseguido por parte del tribunal al proferir dicha expresión.

Como ya dije en su momento, consecuencia de la existencia de un asociacionismo deportivo y la jerarquía existente en la esfera deportiva, las federaciones y las entidades deportivas se han dotado de una serie de mecanismos que permiten resolver ciertas controversias a través del arbitraje deportivo (26) . Si bien es cierto, para que esto suceda, ambas partes deben encontrarse incardinadas en el seno de una organización deportiva.

De conformidad con lo anterior y relacionado directamente con la RFEF, cabe decir que el Reglamento General de la RFEF —julio 2022—, establece que el Comité Jurisdiccional de la RFEF sea el órgano competente que se encargue de resolver las pretensiones «que no tengan carácter disciplinario ni competicional y que se susciten o deduzcan entre o por personas físicas o jurídicas que conforman la organización federativa de ámbito estatal, en relación con las operaciones que registren en la RFEF»; además de lo expuesto, dicho comité también será competente en cuestiones que afecten a «intermediarios debidamente registrados» en la propia federación deportiva. Asimismo, el artículo en cuestión acaba profiriendo que todas las competencias que ostenta el

propio comité, lo serán «sin perjuicio de las competencias propias de la jurisdicción competente» por razón de la materia (art. 52 Reglamento General RFEF—) (27) .

Sobre este particular, cabe recordar que una parte de la doctrina no considera a dicho tribunal como un auténtico tribunal «arbitral» y, para ello, se sirven de ciertos matices jurídicos para expresar tal pretensión: 1.º) no es un tribunal arbitral neutral (*ex* art. 15 LA); y, 2.º) sus resoluciones no adquieren el «efecto de cosa juzgada». Habida cuenta de ello, como ya comenté en su momento, pudiera ser factible la postura de que no es un tribunal del todo «neutral» e, incluso, se podría llegar a indicar que la «autonomía de la voluntad de las partes» —pilar fundamental en el que se sustenta el arbitraje—, se encuentra viciada y, realmente, no es un arbitraje «voluntario» de manera estricta. Ahora bien, desde la perspectiva del art. 43 LA, sí que se puede considerar que las resoluciones de dicho tribunal son firmes desde la emisión de las mismas y, por ende, sí que poseen el «efecto de cosa juzgada».

En consecuencia, sí que se debería considerar a dicho comité como un tribunal «arbitral»; es más, reiterada jurisprudencia nacional así lo ha referenciado —*v.gr.*, el Comité Jurisdiccional de la RFEF es una «institución arbitral»; dicha postura ha sido refrendada por «las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, cuando eran competentes para el conocimiento y resolución de la acción de nulidad de laudos arbitrales», así como por la «Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid» (28) —. Si bien es cierto, pese a ello, todavía hay tribunales que niegan la mayor, apoyándose en ciertos matices jurídicos que distan de la realidad; retorciendo jurídicamente los preceptos jurídicos normativos sin argumentar claramente los motivos de tal actuación —*Vid.*., *ut supra*—.

Habida cuenta de lo referenciado, dado que el Comité Jurisdiccional de la RFEF debe considerarse como un tribunal «arbitral» y, por ende, sus resoluciones también poseen la calificación de «laudo arbitral», en el supuesto de que se plantee una nulidad de la susodicha resolución, será el TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente en donde se hubiera dictado el laudo, el que ostentará la competencia judicial para dirimir dicha reclamación —esto último trae consecuencia directa del contenido del art. 8 LA—. Expuesto lo anterior, dado que la sede de la RFEF, así como la del propio comité se encuentra en Madrid, la competencia para estimar o desestimar las peticiones de nulidad que provienen de dicho tribunal, con carácter general, siempre recaerán en el TSJ de Madrid.

2. Análisis de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

A) STSJ Madrid n.º 1/2022 de 18 de enero de 2022

En relación con la primera resolución cabe decir que, evidentemente, un entrenador de fútbol profesional debe ser comparado, de manera análoga, con un deportista profesional por las funciones que realiza en el seno interno de un club deportivo. Por ende, como se ha analizado previamente, a esta figura deportiva no solo le será de aplicación el RD 1006/1985 sobre la relación laboral especial de los deportistas profesionales, sino el ET y distintos convenios colectivos (29) .

En este supuesto, el entrenador *L. Sampedro* —la parte demandada en este procedimiento—, tenía razón en relación con la calificación de su contrato; éste revestía la naturaleza designada y, a su vez, también ostentaba la protección que le dispensaba el RD 1006/1985. Si bien es cierto, esto no puede

ser óbice para negar que dicho contrato debe ser considerado, *de facto* , como un legítimo contrato de naturaleza laboral. Los argumentos esgrimidos por el entrenador *L. Sampedro*, deben ser calificados como incongruentes y, sobre todo, el inicio de un primer procedimiento ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF —esta parte obtuvo un resultado positivo en dicha reclamación y, además, se acabó condenando al *CD Lugo* al abono de 16.500 €—, y la apertura de un segundo procedimiento ante la jurisdicción social, no hace, sino que evidenciar su mala fe, así como la vulneración de la doctrina de los actos propios —el propio tribunal consideró que dicha actuación debía entenderse como una «dualidad procesal ciertamente forzada»— (30) .

No obstante, en este supuesto y a pesar del contenido del laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF, el TSJ de Madrid argumentó de manera correcta su resolución y, consecuencia de ello, anuló el laudo emitido por dicho comité arbitral. Sobre este particular, cabe expresar que el TSJ de Madrid interpretó que la acción de nulidad interpuesta, no debía ser entendida como una «segunda instancia» y, en cuyo caso, la Sala del TSJ de Madrid —según la jurisprudencia más reciente—, no puede reexaminar las cuestiones analizadas en el laudo arbitral. Dicho tribunal, únicamente, puede «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».

En este sentido, el propio tribunal madrileño consideró, al amparo de la jurisprudencia emitida, que la relación que unía al entrenador *L. Sampedro* y al club deportivo *CD Lugo*, se había formalizado a través del pertinente contrato laboral y, por supuesto, a pesar de la existencia de la licencia federativa —a la que tanta importancia le había dado el entrenador—, la relación entre el club empleador y el entrenador debía considerarse como laboral (31) .

Asimismo, en relación con ello, esta sala consideró que dicha materia era una cuestión que debía conocer el orden social con «carácter concluyente» y, por consiguiente, manifestó que el Comité Jurisdiccional de la RFEF en su laudo arbitral de 13 de mayo de 2021, se había excedido en su cometido, en sus competencias y, consecuentemente, éste hubo invadido una serie de materias —excluidas— de su ámbito competencial. Es decir, «al reconocer a un entrenador una indemnización que éste reclama como consecuencia de su despido disciplinario (no puede eludirse esta causa bajo el eufemismo de "cese") se ha pronunciado sobre una materia propia del núcleo de los derechos laborales» y, por lo tanto, al amparo del «principio de exclusividad jurisdiccional». En cuyo caso, en orden a lo expuesto, el citado tribunal consideró que existía un motivo de nulidad del laudo arbitral, pues la materia sobre la que había resuelto dicho comité arbitral no era una cuestión susceptible de arbitraje [*ex* art. 41.1º.e) LA].

B) STSJ Madrid n.º 10/2022 de 22 de marzo de 2022

De conformidad con la segunda resolución, cabe recordar que el motivo principal por el que se acudió al TSJ de Madrid en busca de la anulación de un laudo emitido por el Comité Jurisdiccional de la RFEF se sustentó, exclusivamente, en la conculcación del orden público procesal. En este sentido, la parte demandante consideró que, en el procedimiento realizado ante el Comité Jurisdiccional de

la RFEF, en donde se había condenado al abono de 14.700 € a esta parte para su entrega a la a la mercantil *Niagara Sports*, no se había respetado «el principio de contradicción, y de igualdad de armas entre las partes». Igualmente, esta parte consideró que el tribunal «omitió dar traslado de las razones» por las que se concedió un «nuevo trámite a la parte reclamante, obviando posteriormente trasladar la réplica presentada, para su valoración por la parte demandada»; asimismo, también interpretó que no fue trasladada la prueba practicada en la que el comité arbitral basó su resolución y condena.

Habida cuenta de lo anterior, son por estas razones por las que el jugador profesional interpretó que se habían producido una «infracción de las normas procesales arbitrales»; dicha infracción —según el parecer del jugador profesional—, llevaba aparejada la «vulneración del orden público procesal; vulneración de las normas básicas que rigen el procedimiento; falta de comunicación de actuaciones arbitrales y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión».

No obstante, pese a lo anterior, el TSJ de Madrid desestimó correctamente dicha reclamación sustentando tal resolución en dos pretensiones: 1.º) la acción de nulidad no puede ser considerada como una segunda instancia; y, consecuencia directa de lo anterior, 2.º) dicha acción de nulidad solo puede analizar las presuntas incongruencias procesales que se hubieran llevado a cabo en el procedimiento arbitral. El propio tribunal, en relación con ambos argumentos y al amparo de la numerosa jurisprudencia emitida sobre tales cuestiones, sostuvo que la acción de nulidad «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». Asimismo, en atención al contenido de la Ley 60/2003 razonó que ésta «no permite (...) reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral»; además, «los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros». En este sentido, consideró que «el control jurisdiccional, pues, queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento y el Laudo, y a la preservación del orden público» (32) .

En el mismo orden de ideas cabe recordar que, una de las causas más frecuentes alegadas por las partes para anular un laudo arbitral, es la vulneración del orden público. Si bien, como indica la propia sentencia y de conformidad con esta cuestión, es preciso matizar las variantes relativas al mismo: 1.º) una primera vertiente, el orden público «material» —entendido como el «conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada»—; y, 2.º) una segunda vertiente, el orden público «procesal» —considerado como el «conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal»— (33) . Ahora bien, una vez expuesto todo lo anterior, el TSJ de Madrid volvió a incidir en que la acción de nulidad solo permitía al tribunal analizar los «posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral»; ello, en relación con «el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior».

En este caso, el tribunal de la villa de Madrid y al amparo del art. 43.3º del Reglamento General de la RFEF —actualmente, art. 54.3º Reglamento General de la RFEF (julio 2022)—, consideró que no se había ocasionado indefensión alguna al demandante. Dicha interpretación, se sustentó en el contenido del citado artículo del Reglamento General de la RFEF (art. 43.3º del Reglamento General de la RFEF); pues, este indica que dicho comité «podrá dar traslado de las alegaciones al/a la reclamante en aquellos supuestos en que lo considere conveniente para el esclarecimiento de la reclamación». *Ergo*, el tribunal arbitral actuó dentro de las limitaciones procesales conferidas por el Reglamento General de la RFEF; además, el contenido y la posibilidad que le permite dicho artículo al «reclamante», no es *conditio sine qua non* por la que se le deba de dar una «contrarréplica» al jugador profesional demandado —ahora parte demandante —.

Asimismo, de los autos examinados también se pudo comprobar cómo, realmente, no se habían realizado los pagos pertinentes ni por el *jugador* ni por parte del *Real Madrid CF*, a la mercantil *Niagara Sports,* por los servicios prestados por esta última. En definitiva, en orden a todo lo expuesto, el TSJ de Madrid consideró que la actuación del Comité Jurisdiccional de la RFEF fue la correcta, puesto que, «la alegación fundamental, planteada en su contestación a la demanda arbitral por parte de la ahora actora (...) fue el pago de los gastos de representación por un tercero, lo que, en base a la prueba practicada a su instancia, había quedado desvirtuada». Motivo por el cual, dicho tribunal interpretó que no se había producido ninguna vulneración de orden público al amparo de Ley de Arbitraje [*ex* art. 41.1º.f) LA].

C) ***STSJ Madrid n.º 27/2022 de 13 de julio de 2022***

En esta tercera resolución, nuevamente, se plantea un conflicto entre un jugador profesional, el representante de una compañía que, además, actuó como intermediario entre el deportista y una compañía y la propia mercantil —*Sport Management*—. En este supuesto, una vez más, el TSJ de Madrid volvió a remarcar que la acción de nulidad no configuraba «una segunda instancia»; arguyendo que la Ley 60/2003 no permitía volver a examinar las «cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral».

Igualmente, la parte demandante volvió a cuestionar la naturaleza «arbitral» del Comité Jurisdiccional de la RFEF; si bien, como ya se ha hecho referencia durante la investigación realizada, no se volverá a redundar en lo mismo. Además, en la citada resolución, el propio TSJ de Madrid vuelve a resolver dicha cuestión acertadamente —*v.gr.*, «la cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en diversas resoluciones , afirmando dicha naturaleza arbitral, sin perjuicio de que pueda realizar otras labores de mediación, etc., conforme a su Reglamento» (34) —.

No obstante, la controversia principal en la que circunda dicho supuesto versa, en primer lugar, sobre la existencia o no de un convenio arbitral y, por ende, del sometimiento a arbitraje ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF; y, en segundo lugar, sobre la inexistencia de la designación de los miembros del tribunal arbitral y las notificaciones pertinentes de conformidad con las actuaciones arbitrales. Sobre este particular cabe decir que, en un contrato privado, *inter partes*, impera la autonomía de la voluntad de las mismas —salvo excepciones—; dicho lo cual, es preciso traer a colación la cláusula que ambas suscribieron: «respecto de las cuestiones que puedan surgir de la

interpretación y cumplimiento del presente contrato, ambas partes "podrán" acudir al Comité Jurisdiccional y Conciliación de la RFEF, al (*sic*) los Tribunales de justicia de FIFA y se reservan el derecho de someterse a la jurisdicción de los Tribunales de Salamanca (España) para resolver cualquier controversia derivada del presente documento. Del mismo modo cualquier diferencia que pueda surgir entre ambas partes en relación a la interpretación o ejecución del presente contrato, que no pueda ser solventado de mutuo acuerdo podrá someterse a cualquier método de resolución de conflictos extrajudiciales mediante arbitraje, mediación, etc. (cláusula 10ª)».

Habida cuenta del contenido de la cláusula y, al no tratarse de figuras deportivas incardinadas en el seno de una federación u organización deportiva —en cuyo caso se encontrarían sometidas al Comité Jurisdiccional de la RFEF sin contemplación—, no puedo estar más de acuerdo con la fundamentación del tribunal (35) . En este sentido, las comillas inglesas —incluidas por mí, dentro de la citada cláusula—, sirven para remarcar la «posibilidad» que tenían las partes de someterse al citado comité; ese «podrán», no puede interpretarse como una orden imperativa y, mucho menos, debe entenderse como una auténtica cláusula compromisaria —*v.gr.*, el tribunal consideró que la cláusula era «compleja», pese a ello, no la consideró como una disposición «ambigua»—. En cuyo caso, el jugador tenía razón y, evidentemente, no existía ninguna cláusula compromisoria como tal que le exigiera someterse ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF; el TSJ de Madrid, así lo expresó en iguales términos: «estamos ante una cláusula que posibilita acudir al Comité, si ambas partes lo entienden oportuno, y reservándose en todo caso el derecho a someterse a los Tribunales ordinarios. Pues bien, esta parte no renuncia a su reserva y no se somete al Comité».

La sumisión a arbitraje se encuentra en los estatutos, normativas y reglamentos de las organizaciones e instituciones deportivas sin encontrarse, de manera expresa, en los acuerdos que suscriben las partes

A esto último también hay que sumarle que el propio secretario general de la RFEF certificó que los miembros del tribunal no aceptaron dicho nombramiento y, en consecuencia, sus decisiones no podían ser consideradas, *de facto*, como un auténtico laudo al amparo del contenido estipulado por la Ley 60/2003 (*ex* art. 16 Ley 60/2003). Habida cuenta de todo lo anterior, el TSJ de Madrid estimó la acción de nulidad del jugador y anuló la resolución emitida por el Comité Jurisdiccional de la RFEF [*ex* art. 41.1º.a) y b) LA].

No obstante, en relación con esto último, me gustaría hacer una matización. En este sentido, también cabe remarcar la posición mantenida por la representación procesal del propio *jugador*; puesto que, desde mi punto de vista, éste debería de haber interpuesto, en primer lugar, la pertinente declinatoria. Habida cuenta de ello, de lo que se deduce de la sentencia en cuestión y siguiendo escrupulosamente el contenido del art. 54.3º del Reglamento General de la RFEF, se podría extrapolar que «el escrito de alegaciones» es comparable, de manera análoga, a la contestación de

la demanda. Y, en consecuencia, el hecho de contestar a la demanda e impugnar la competencia jurisdiccional del tribunal en dicha contestación, se podría interpretar como una sumisión tácita a todos los efectos.

Por lo tanto, bajo la perspectiva analizada, se podría llegar a considerar que el jugador aceptó la competencia del tribunal arbitral, de manera indirecta, como consecuencia de los efectos que provoca la sumisión tácita. Pues, lo que realmente hizo, fue presentar un escrito de alegaciones (=contestar a la demanda), en el cual impugnaba la competencia del comité Jurisdiccional de la RFEF, no negando la existencia de la cláusula compromisoria, simplemente, afirmando la ambigüedad de la misma (art. 54.3º Reglamento General RFEF) —esta posibilidad se plantea con la salvedad del contenido presentado en el art. 9.5º LA—.

D) STSJ Madrid n.º 29/2022 de 26 de julio de 2022

En la última de las sentencias analizadas, nuevamente, surge una controversia entre un club deportivo —*Real Sociedad*— y un entrenador de fútbol profesional —*D. Moyes*—. Si bien es cierto, ello trae causa de la existencia de dos cláusulas contractuales; la primera de ellas, es muy específica, pues en el supuesto de que «las autoridades fiscales españolas o británicas solicitaran al actor que pagara cualquier cantidad en concepto de impuestos, retenciones, recargos, penalizaciones o intereses como consecuencia del contrato, el actor tendría derecho a recuperar dichas cantidades por parte de la *Real Sociedad*, que vendría obligada a devolverlas inmediatamente». Mientras que la segunda, podría considerarse como una cláusula estándar mediante la cual, en el supuesto de que hubiese alguna controversia cuyo origen deviniera de la interpretación del contrato laboral del entrenador profesional, «las partes expresamente se someten al procedimiento arbitral del Comité Jurisdiccional y de Conciliación de la RFEF».

Con independencia de lo anterior, en esta resolución ocurren ciertas situaciones muy particulares —v.*gr*., la prescripción de la acción; la acción de nulidad ; la fundamentación y valoración del tribunal; y, el voto particular de un magistrado ponente— Si bien es cierto, para tratar de no redundar en cuestiones ya analizadas a lo largo de la presente investigación, trataré de centrar la atención en aspectos no tratados.

En primer lugar, antes que nada, hay que hacer alusión a la resolución del Comité Jurisdiccional de la RFEF; éste, el 6 de abril de 2021, decidió inadmitir la reclamación presentada por *D. Moyes* como consecuencia de la prescripción de la acción. Sobre este particular, la resolución dictada por el Comité Jurisdiccional de la RFEF invocó el art. 48.1 del Reglamento General de la RFEF (36) ; cuando, realmente, pienso que se debería haber utilizado el art. 50 del Reglamento General de la RFEF (37) . El art. 48.1º del Reglamento General de la RFEF establece que, «contra las resoluciones firmes de los Comités Jurisdiccionales, que agotan la vía deportiva, podrá interponerse ante ellos mismos recurso extraordinario de revisión cuando con posterioridad al acuerdo sean conocidos nuevos hechos o elementos de prueba que no pudieron serlo en el momento de ser adoptado; dicha instancia caducará, en todo caso, a los seis meses de dictarse la resolución que se pretende revisar». Además, «la interposición de un recurso en ningún caso interrumpirá ni paralizará el cumplimiento de la resolución recurrida».

Si bien es cierto, salvo error u omisión por mi parte, de la sentencia se deduce que la parte demandante no pretendía revisar ninguna resolución previa del comité, sino que era la primera vez que solicitaba auxilio al mismo; *ergo*, debería de haberse aplicado el art. 50 del Reglamento General de la RFEF. No obstante, se desconoce por el autor que suscribe el presente artículo, si las acciones llevadas a cabo por el entrenador, con carácter previo a la interposición de la reclamación ante el citado comité, interrumpieron la prescripción. En cuyo caso, solo puedo conceder el beneficio de la duda y considerar que la acción, evidentemente, había prescrito.

Pese a ello, el entrenador de fútbol decidió interponer una demanda de nulidad ante el TSJ de Madrid como consecuencia de la negativa obtenida por parte del Comité Jurisdiccional de la RFEF. Si bien es cierto y para mi sorpresa, con independencia de que las cuestiones sometidas a arbitraje sean una materia excluida de la vía arbitral —por ser cuestiones conferidas al orden social—, debo mostrar mi preocupación ante la fundamentación que hace el propio tribunal e, igualmente, mostrar mi felicitación por el voto particular que lleva a cabo el magistrado ponente —D. Jesús María Santos Vijande—.

Dicho lo cual, sí que es cierto que el tribunal acierta a la hora de interpretar que la «cuestión resuelta por el comité no es susceptible de arbitraje por tratarse de una cuestión laboral perteneciente al ámbito de la jurisdicción social [*ex* art. 41.1º.e) LA]. Es más, si el TSJ de Madrid se hubiera declarado competente y se hubiera dedicado a desestimar la acción de nulidad —interpuesta por el entrenador profesional, *D. Moyes*—, con base en la jurisprudencia nacional ya emitida con anterioridad —extractada, además, en este mismo trabajo—; éste hubiera acertado en su pronunciamiento.

Sin embargo, nada más lejos de la pretensión anterior, el TSJ de Madrid en vez de seguir la misma corriente jurisprudencial ya establecida con anterioridad, interpretó que la cláusula suscrita por las partes no debía considerarse como una «cláusula compromisoria o de sumisión a arbitraje» y, a su vez, también matizó que «la resolución dictada por el Comité Jurisdiccional de la RFEF» no podía «ser considerada un "laudo"». En cuyo caso, al amparo de tan peculiar fundamentación, el TSJ de Madrid inadmitió la demanda planteada por el entrenador de fútbol.

Ahora bien, he de decir que el ponente que realiza el voto particular interpretó que: 1.º) sí que «ha existido un procedimiento arbitral» al amparo del contenido de los artículos «41 y ss. del Reglamento General de la RFEF»; 2.º) la resolución emitida «puede y debe ser calificada como un laudo»; y, 3.º) «ha existido sumisión tácita al arbitraje» del Comité Jurisdiccional de la RFEF (*ex* art. 9.5º Ley 60/2003) —argumento muy similar a la corriente jurisprudencial expuesta, *ut supra*, y que sigue el Tribunal Supremo—; opiniones todas ellas que, tras la explicación y argumentación pertinente, suscribo y hago mías.

No obstante, si el ponente consideró lo anterior, no alcanzo a comprender por qué interpretó, a su vez, que como consecuencia directa de la naturaleza de la relación contractual que unía al entrenador con su propio club empleador —»naturaleza laboral»—, dicho tribunal debería de haberse declarado incompetente por «falta de jurisdicción por razón de la materia» *ex* art. 41 Ley 60/2003. Sobre este particular, considero que no es precisa su afirmación puesto que, si considera al citado comité como una institución arbitral y sus resoluciones como laudos, esta sala sí que sería, al

menos, el organismo competente para estimar o desestimar la pretendida acción de nulidad del laudo; por lo tanto, sus palabras, aunque bien razonadas y argumentadas, serían una incongruencia en sí misma. Ello debe interpretarse así, puesto que a lo largo de la presente disertación ha quedado demostrado que, «la condición de institución arbitral del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol, ha sido reconocida tanto por las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, cuando eran competentes para el conocimiento y resolución de la acción de nulidad de laudos arbitrales, como por esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la actualidad, en la que la competencia le ha sido atribuida a tales efectos».

VII. CONCLUSIONES

Expuesto todo lo anterior, me gustaría finalizar este comentario jurisprudencial, más que con una reflexión personal, con una serie de conclusiones que, tras el examen efectuado, creo que son las más adecuadas:

Primera.- Tras el análisis de este comentario y con independencia de la calificación que reciba el Comité Jurisdiccional de la RFEF por parte de los tribunales ordinarios y/o por parte de cualquier otro organismo, no se debe olvidar la genuina naturaleza «arbitral» del mismo ni tampoco la naturaleza de sus resoluciones arbitrales, pues éstas también deben ser entendidas y calificadas como «laudos arbitrales».

Segunda.- Cabe precisar, en relación con los conflictos de índole laboral que, tanto la Ley de Arbitraje (art. 1.4º), como el Real Decreto sobre la relación laboral especial de los deportistas profesionales (art. 19 RD 1006/1985), no permiten el arbitraje para cuestiones de índole laboral. Si bien es cierto, solo se permite una excepción que confirma la regla general; dicha particularidad se produce al amparo del Estatuto de los Trabajadores (art. 91.5º ET). En este artículo —cito literal—, se establece que «los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán (...) de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos». En este sentido, se puede precisar que los conflictos de índole laboral solo pueden ser sometidos a la vía arbitral cuando: a) se encuentren en la esfera de un convenio colectivo y, además, se pueda ejercitar la acción de manera individual en aspectos que afecten a dicho convenio; y, b) las partes se hubiera sometido, de manera expresa, a dicho procedimiento alternativo de resolución de conflictos. Expresado lo anterior cabe recordar que, los demás supuestos de índole laboral que no se encuentren contemplados en estas dos excepciones, no podrán ser resueltos por la vía arbitral.

Tercera.- La licencia federativa es un documento imprescindible para realizar la práctica deportiva dado que, gracias a la misma, se permite que un jugador aficionado y/o profesional pueda incardinarse bajo el seno de una federación nacional deportiva y, por ende, practicar el deporte elegido y competir si así lo desea. Ahora bien, a la vista de las corrientes doctrinales expuestas, considero que la licencia deportiva y los posibles efectos que puede desplegar —*v.gr.*, las cláusulas que vinculan a arbitraje deportivo—, solo les deberían de ser aplicados a los practicantes considerados como «deportistas profesionales».

Cuarta.- En relación con la licencia federativa es igualmente necesario matizar que, aunque dicha licencia deportiva sea requisito, *sine qua non*, para participar en competiciones oficiales, ésta no puede superponerse ni utilizarse como parapeto, para que las cuestiones que circundan en el ámbito de las relaciones laborales de los deportistas profesionales, en vez de resolverse ante los tribunales ordinarios competentes del orden social, se diriman ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF; comité que, por cierto, no posee competencia para tratar cuestiones de esta índole. Aún más, cuando la materia laboral queda excluida, con carácter general, de la vía arbitral.

Quinta.- Es preciso destacar la importancia que poseen las cláusulas de sumisión a arbitraje deportivo; a más, cuando éstas se encuentran incardinadas por referencia en los contratos y/o acuerdos que suscriben las partes. En muchas ocasiones, dicha sumisión a arbitraje se encuentra en los estatutos, normativas y reglamentos de las organizaciones e instituciones deportivas sin encontrarse, de manera expresa, en los acuerdos que suscriben las partes. Ahora bien, desde mi perspectiva y en relación con las distintas posturas doctrinales analizadas, dichas cláusulas solo podrían afectar —al igual que lo reflejado en la conclusión tercera—, a los «deportistas profesionales»; en cuyo caso, quedarían al margen de las mismas los deportistas aficionados y/o *amateurs*. Igualmente, pese a que se hayan suscrito cláusulas compromisorias en determinadas cuestiones, ello no debe prevalecer cuando la materia objeto del arbitraje no es disponible y, por ende, ésta se encuentre excluida de dicha alternativa de resolución de conflictos.

Sexta.- El procedimiento de nulidad no puede considerarse como una segunda instancia de revisión; esto último debe comprenderse en tal sentido, puesto que, de lo contrario, se desnaturalizaría el genuino propósito perseguido por tal mecanismo alternativo de resolución de conflictos —el arbitraje—. Además, dicho procedimiento no puede utilizarse para examinar ni modificar las posibles imprecisiones que hayan surgido en el procedimiento arbitral; es decir, los tribunales ordinarios tienen una especie de «control extraordinario» y «tasado». El objetivo y la base en la que se sustenta el arbitraje, aparte de la autonomía de la voluntad de las partes, no es otro que «alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto» de manera voluntaria y nunca coaccionada.

Séptima.- Es importante recordar que el mundo deportivo es un conglomerado extraordinariamente compacto; en donde las instituciones y organismos internacionales poseen una jerarquía, así como las competencias necesarias para que sus resoluciones sean acatadas por las entidades nacionales. Ello es así, puesto que en la esfera deportiva existen una serie de mecanismos privados internos que imposibilitan el desacato de ciertas resoluciones deportivas. Ahora bien, al mundo deportivo y, sobre todo, a ciertas instituciones y organismos deportivos les debe quedar claro que, en ciertas cuestiones y materias, su ámbito competencial se encuentra reducido y/o es inexistente —*v.gr.*, cuestiones de índole laboral—. Es por esta razón por la que se puede asegurar que el Derecho deportivo —un orden jurídico *in statu nascendi*—, todavía se encuentra sometido al imperio de la ley y al control estatal.

BIBLIOGRAFÍA

BORGES, J. R., «Los requisitos para ser considerado deportista profesional y, en consecuencia, trabajador», *Asociación de Derecho Deportivo*, 2020.

CAMPS, A., «La conciliación extrajudicial del deporte en España», en J.L. CARRETERO, *et al.*, *Derecho del deporte: El nuevo marco legal*, Málaga, Unisport, 1992 , pp. 242-256.

CAZORLA, L. M., «Consideraciones sobre el arbitraje deportivo», en A. MILLÁN, *Estudios de Derecho Deportivo (Libro Homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, Madrid, Reus, 2020, pp. 173-186.

FERRERO, J., GARCÍA, M. M., RODRÍGUEZ, J., «La solución de los conflictos: la solución interna», en PALOMAR, A., GARCÍA, M. M (dirs.), *Derecho del fútbol. Marco regulatorio jurídico propio*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 363 y ss.

GONZÁLEZ-MONTES, J. L., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre),* Madrid, Reus, 2009, p. 218.

JAVALOYES, V., *El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 213; J. Bonet, «Hacia una verdadera justicia deportiva», *Justicia*, n.º 1, 2020, p. 147.

LÓPEZ, I., «La actividad federativa y el abuso de la posición de dominio», *Revista Española de Derecho Deportivo*, Madrid, Reus, n.º 47, 2021 (1), pp. 83-91.

MAISONNEUVE, M., *L´arbitrage des litiges sportifs*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 208-210.

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.

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)», en ORTEGA, A., *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales. Una perspectiva desde el Derecho Internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 21-22.

ORTEGA, R., «La autonomía de la voluntad, ¿está en peligro?», *Iusport*, 2011.

PARRA, M. E., «Mediación en el ámbito deportivo», en ORTEGA E., GARCÍA M. M., *Derecho Deportivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 244-247.

RIGOZZI, A., *L´arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 249.

ROLDAN, A., «Arbitraje y derecho deportivo», en Collantes, J. L., *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, vol. 2, 2007, pp. 113-150.

ROMERO, Y., «Comentario de la STSJ de Madrid n.º 75/2021 de 10 de diciembre de 2021: Arbitraje deportivo: La acción de nulidad frente a un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de fútbol», *La Ley: Mediación y arbitraje*, n.º 11 (abril-junio 2022), pp. 256-272.

.....

(1) STSJ Madrid CP 1ª 18 enero 2022; STSJ Madrid CP 1ª 22 marzo 2022; STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2022 y STSJ Madrid CP 1ª 26 julio 2022.

Ver Texto

(2) J. Ferrero, M. M. García, J. Rodríguez, «La solución de los conflictos: la solución interna», en A. Palomar, M.M. García (dirs.), *Derecho del fútbol. Marco regulatorio jurídico propio*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 363 y ss.

Ver Texto

(3) Y. Romero, «Comentario de la STSJ de Madrid n.º 75/2021 de 10 de diciembre de 2021: Arbitraje deportivo: La acción de nulidad frente a un laudo arbitral emitido por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de fútbol», *La Ley. Mediación y arbitraje*, Madrid, Wolters Kluwer, n.º 11 (abril-junio 2022), pp. 256-272.

Ver Texto

(4) «(...) (C)abe 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 —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—; *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 —*v.gr.*, STSJ Madrid CP 1ª 5 septiembre 2017—». Asimismo, «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" —*v.gr.*, STSJ Madrid CP 1ª 12 septiembre 2017; STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020, entre otras—. 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" —por esta razón, dado que se 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. 53-61 Reglamento General RFEF —edición julio 2022—)», *ibíd.*, p. 262.

Ver Texto

(5) STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020.

Ver Texto

(6) Actualmente, arts. 52 y ss. del Reglamento General de la RFEF —julio 2022— www.rfef.es (consultado el 14 de octubre de 2022).

Ver Texto

(7) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE 26.12.2003.

Ver Texto

(8) En este sentido, en el supuesto de que fuera necesario activar el laudo arbitral, *vid.*. (art. 49 Reglamento General RFEF). En este sentido, igualmente pueden ser consultadas, *cf.* STSJ Madrid 12 junio 2020; STSJ Cataluña 30 noviembre 2021, entre otras.

Ver Texto

(9) RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 13.11.2015.

Ver Texto

(10) RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. BOE 28.06.1985.

Ver Texto

(11) STSJ Andalucía S 1ª 9 enero 2020; M. E. Parra, «Mediación en el ámbito deportivo», en E. Ortega, M. M. García, *Derecho Deportivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 244-247.

Ver Texto

(12) SJSO 4ª 11 enero 2021.

Ver Texto

(13) 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)», en A. Ortega, *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales. Una perspectiva desde el Derecho Internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi , 2021, pp. 21-22. Asimismo, cfr., STSJ Madrid CP 1ª 10 diciembre 2021.

Ver Texto

(14) 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. *Cf.*, STSJ Madrid CP 1ª 18 enero 2022.

Ver Texto

(15) A. Camps, «La conciliación extrajudicial del deporte en España», en J. L. Carretero *et al.*, *Derecho del deporte: El nuevo marco legal*, Málaga , Unisport, 1992, pp. 242-256.

Ver Texto

(16) A. Roldan, «Arbitraje y derecho deportivo», en J. L. Collantes, *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Vol. 2, 2007, pp. 113-150; R. Ortega, «La autonomía de la voluntad, ¿está en peligro?», *Iusport*, 2011, pp. 1-8, Iusport.com (consultado el 15 de octubre de 2022); I. López, «La actividad federativa y el abuso de la posición de dominio», *Revista Española de Derecho Deportivo* , Madrid, Reus, n.º 47, 2021 (1), pp. 83-91.

Ver Texto

(17) V. Javaloyes, *El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 213; J. Bonet, «Hacia una verdadera justicia deportiva», *Justicia*, n.º 1, 2020, p. 147.

Ver Texto

(18) A. Rigozzi, *L´arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 249.

Ver Texto

(19) M. Maisonneuve, *L´arbitrage des litiges sportifs*, París, LGDJ, París, 2011, pp. 208-210.

Ver Texto

(20) J. L. González-Montes, La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Madrid, Reus, 2009, p. 218.

Ver Texto

(21) ATS Civ 1ª 17 febrero 1998; ATS Civ 1ª 26 mayo 1998; ATS Civ 1ª 28 marzo 2000; ATS Civ 1ª 13 noviembre 2001; ATS Civ 1ª 26 febrero 2002; ATS Civ 1ª 29 abril 2003; ATS Civ 1ª 7 octubre 2003. Igualmente, otras resoluciones de tribunales nacionales, ATSJ Andalucía CP 1ª 28 octubre 2014; SAP A Coruña 3ª 19 marzo 2015.

Ver Texto

(22) ATS Civ 1ª 16 abril 1996. Si bien, cfr., ATS Civ 1ª 4 marzo 2003. Igualmente, el TSJ de Madrid ha estimado 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». *Cfr.*, STSJ Madrid CP 1ª 5 septiembre 2017.

Ver Texto

(23) ATSJ Cataluña CP 1ª 29 marzo 2012; ATSJ Cataluña CP 1ª 25 marzo 2013.

Ver Texto

(24) ATSJ Cataluña CP 1ª 17 noviembre 2011.

Ver Texto

(25) STSJ Madrid CP 1ª 26 julio 2022 (FD 5º).

Ver Texto

(26) L. M. Cazorla, «Consideraciones sobre el arbitraje deportivo», en A. Millán, *Estudios de Derecho Deportivo (Libro Homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, Madrid , Reus, 2020, pp. 173-186.

Ver Texto

(27) J. Ferrero, M. M. García, J. Rodríguez, «La solución de los conflictos: la solución interna», *loc. cit* ., p. 363.

Ver Texto

(28) *Cf*., STSJ Madrid CP 1ª 12 septiembre 2017; STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020, entre otras.

Ver Texto

(29) J. R. Borges, «Los requisitos para ser considerado deportista profesional y, en consecuencia, trabajador», *Asociación de Derecho Deportivo*, 2020, pp. 1-6. www.Aedd.org (consultado el 18 de octubre de 2022)

Ver Texto

(30) STC 21 abril 1988.

Ver Texto

(31) En la presente resolución llevada ante el TSJ de Madrid, «se rechaza la consideración de la "ruptura" del contrato de trabajo que unía a las partes como despido, y se afirma que constituye un "cese", declarándose competente el organismo de la RFEF para determinar la cantidad indemnizatoria que corresponda reconocer al entrenador por esta causa. Absolutamente nada se analiza sobre los efectos de la licencia federativa a la que tanta atención se dedica en la contestación a la demanda; (...). En definitiva: no se aborda ningún aspecto federativo, administrativo o deportivo. Por el contrario, lo que se decide es que el Club Deportivo Lugo ha de abonar al entrenador (según la RFEF cesado y no despedido) una indemnización». *Cf.* STSJ Madrid CP 1ª 18 enero 2022 (FD 5º).

Ver Texto

(32) STSJ Madrid CP 1ª 22 marzo 2022 (FD 4º).

Ver Texto

(33) *Cf* 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, entre otras.

Ver Texto

(34) STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2022; asimismo, «hay que señalar que la condición de institución arbitral del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol, ha sido reconocida tanto por las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, cuando eran competentes para el conocimiento y resolución de la acción de nulidad de laudos arbitrales, como por esa Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la actualidad, en la que la competencia le ha sido atribuida a tales efectos, por ejemplo en sentencia de fecha 12 de septiembre de 2017», *vid.*. STSJ Madrid CP 1ª 18 febrero 2020.

Ver Texto

(35) «no es una verdadera cláusula compromisaria, como mucho una cláusula de estilo, que reconoce la posibilidad de resolver las partes sus discrepancias de forma civilizada, acudiendo a los medios e instituciones previstos en el ordenamiento jurídico. El primer párrafo de la cláusula se acerca más a una cláusula de sumisión, aunque sin serlo, ya que no recoge la voluntad de someterse a arbitraje en el momento de suscribir el contrato», *cf.*, STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2022 (FD 5º).

Ver Texto

(36) Actualmente, art. 59 Reglamento General de la RFEF.

Ver Texto

(37) Actualmente, art. 61 Reglamento General de la RFEF.

Ver Texto

SENTENCIAS SELECCIONADAS

El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales: la necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando una anotación preventiva de demanda

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 4 de marzo de 2022

The long road towards the equal treatment of awards and judgments. The need to resort to judicial assistance in order to register a precautionary award decreeing a preventive annotation of a claim. (Judgment of the Provincial Court of Girona of 4 March 2022)

La sentencia objeto del presente comentario resuelve que no procede inscribir en el registro de la propiedad una medida cautelar de anotación preventiva de demanda decretada por un árbitro si no es mediante el correspondiente mandamiento judicial. En el comentario, por el contrario, se defiende que, entre otras razones, en virtud de la equiparación entre laudo y sentencia judicial, puede procederse a la referida inscripción registral mediante el propio laudo, sin necesidad de una resolución judicial que la autorice.

Arbitraje, medidas cautelares, proceso civil.

The judgment object of this comment resolves that a precautionary measure of preventive annotation decreed by an arbitrator cannot access the property registry if it is not through a court order. In the commentary, on the contrary, it is argued that, among other reasons, as a result of the principle of equivalence between arbitral awards and court rulings, the aforementioned registration should take place based on the award itself, without the need for a judicial order.

Arbitration, provisional measures, civil procedure.

Guillermo Ormazabal Sánchez

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Girona

I. LOS HECHOS, LA DECISIÓN DE LA AP, SU MOTIVACIÓN Y LOS PRECEDENTES GUBERNATIVOS

Las líneas que siguen están dirigidas a comentar la SAP GI 287/2022, de 4 de marzo de 2022 (1) , que versa sobre una cuestión de gran interés doctrinal y práctico, a saber, determinar si inscribir en el registro de la propiedad una anotación preventiva de demanda decretada cautelarmente por un árbitro precisa acudir a los órganos judiciales para que, en ejecución de dicho laudo cautelar, emitan el correspondiente mandamiento judicial; o, por el contrario, la propia resolución arbitral puede ser objeto de inscripción sin necesidad de acudir al auxilio de los órganos judiciales.

La sentencia recurrida ante la AP Gi objeto de este comentario desestimaba la impugnación formulada contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) de 26 de julio de 2018 (2) , que, a su vez, resolvía el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Figueres, por la que se suspendía la práctica de una anotación preventiva de demanda dictada en el curso de un procedimiento arbitral.

La motivación con la que la AP Gi fundamenta su decisión desestimatoria es muy simple. El tribunal, como no podía ser de otro modo, parte de la base de que la Ley de Arbitraje admite sin limitación alguna la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad del laudo. Pero dicha facultad arbitral —continúa razonando— se contrae al momento declarativo, de modo que los árbitros deben acudir al auxilio de los órganos judiciales para ejecutar la medida cautelar. En efecto, afirma la sentencia comentada que

> *«el contenido de la Ley de Arbitraje en sus arts. 8.3, 11.3 y 44, permiten afirmar que si bien los árbitros pueden adoptar medidas cautelares en el procedimiento arbitral, con carácter previo a la demanda o durante su tramitación, art 730 LEC, se mantiene la intervención de los tribunales para obtener la plena eficacia del arbitraje, de manera que si los árbitros adoptan medidas cautelares que estimen necesarias, sus decisiones al respecto quedarán sujetas a las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos, que se regirá por lo dispuesto en la LEC, art 44 LA».*

Según la AP, también milita a favor de esta tesis el texto de la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje, que constituiría una útil referencia interpretativa del sentido de los preceptos de su texto, y que señala que

> *«obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera,*

salvo acuerdo en contrario de las partes».

La AP Gi asume así de modo pleno los argumentos de la Resolución DGRN de 26 de julio de 2018 impugnada, acogidos por la sentencia dictada en primera instancia. Para fundamentar su pretensión, el actor, solicitante de la inscripción argumentaba que

> *«de conformidad con el art. 11 ter de la ley el laudo es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad sin necesidad de auxilio judicial ni de protocolización notarial; (...) El arbitraje cumple y desempeña una función equivalente a la jurisdicción. Por ello el art. 23 de la ley atribuye a los árbitros la competencia exclusiva de decidir sobre la oportunidad de adopción de medidas cautelares. No corresponde al juez en ningún caso por lo que exigir el requisito del mandamiento judicial para anotar la demanda es un puro formalismo y un trámite innecesario que nada añade al procedimiento puesto que el juez no puede revisar la decisión del árbitro (...) Si el laudo es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad [se refiere al laudo del art. 11bis LA: el que estima la impugnación de un acuerdo social], resulta evidente que también debe serlo el laudo provisional de adopción de medidas cautelares conforme al art. 23 de la ley».*

Dichas alegaciones no fueron rebatidas en la motivación de la resolución, que se centra únicamente en los argumentos ya referidos.

A su vez, la resolución de la DGRN impugnada recoge en buena parte la argumentación empleada por la Resolución DGRN de 20 de febrero de 2006 (3) , que bien merece un comentario. En este caso, uno de los pronunciamientos del laudo arbitral cuya inscripción se había denegado disponía que

> *«en garantía de los derechos de la sociedad mercantil Tau Tres, S.L., y hasta tanto quede totalmente consumado el contrato o se resuelva en los términos establecidos anteriormente, dicha sociedad podrá instar la anotación preventiva del presente laudo en el Registro de la Propiedad número dos de Málaga, al margen de las fincas números 38.747 y 35.765, propiedad de los vendedores, al amparo del art. 26.3º de la Ley Hipotecaria».*

En el procedimiento gubernativo se discutía, por una parte, si el referido pronunciamiento relativo a una anotación preventiva de prohibición de disponer contenida en el laudo tenía la consideración de medida cautelar y si, en cualquier caso, debía extenderse la inscripción de dicha anotación preventiva.

Asumiendo (a mi modo de ver, de modo incorrecto) que la anotación preventiva ordenada en el laudo era una medida cautelar (4) , la referida resolución DGRN sostiene la misma tesis que la referida Resolución DGRN de 26 de julio de 2018, es decir, sostiene que inscribir la anotación preventiva decretada en el laudo supone un acto de ejecución que requiere el auxilio judicial. Pero añade un argumento de carácter hipotecario o registral cuando concluye que «de igual manera el art. 23 párrafo 2º en relación con el 44 de la misma Ley de Arbitraje, en materia de ejecución de medidas cautelares, nos remite a las normas de la legislación procesal, la cual tratándose de anotaciones preventivas nos conduce a la legislación hipotecaria (*cf.* art. 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dentro de esta última normativa, el art. 424 de la Ley Hipotecaria, establece, tratándose de

anotación preventiva de prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que «demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere Providencia con arreglo a las Leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». El Reglamento Hipotecario desarrolla esta norma en su art. 165 para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, la cual «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandato del Juez o Tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme».

En definitiva, preludiando la posterior DGRN de 26 de julio de 2018 confirmada por la SAP Gi que comentamos, se afirma que la inscripción de una anotación preventiva decretada mediante laudo requiere ineludiblemente un acto de ejecución procesal concretado en un mandamiento judicial, sin que baste la sola presentación del laudo protocolizado en el registro.

Centrados así los aspectos controvertidos que plantean las resoluciones antes referidas, paso a realizar su análisis, que debe abarcar dos aspectos. Por una parte, es preciso determinar si inscribir una anotación preventiva decretada como medida cautelar en un laudo requiere realmente un verdadero y propio acto de ejecución procesal por parte de los tribunales. Si se llega a una conclusión positiva, ya no será preciso analizar la cuestión desde el prisma de la legalidad registral, pues está claro que el mandato judicial ordenando la anotación constituiría un título registral abstractamente válido para anotar preventivamente la demanda. Por el contrario, si se llega a la conclusión de que llevar a cabo dicha inscripción no precisa un acto de ejecución procesal propiamente dicho, habrá que analizar si el laudo cautelar documentado en el correspondiente documento público reúne y en qué condiciones los requisitos exigidos por la legislación registral para ser inscrito.

II. NO CABE DESPACHAR EJECUCIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS ORDENANDO ANOTACIONES PREVENTIVAS YA QUE NO SE TRATA DE REALIZAR UNA ACTIVIDAD PROPIAMENTE EJECUTIVA.

Como es sabido, los árbitros poseen un poder así llamado *auctoritas* para declarar qué es Derecho en el caso concreto y de hacerlo mediante una resolución revestida de la autoridad de la cosa juzgada (art. 43 LA), pero carecen de la *potestas* o poder para ejecutar sus pronunciamientos, pues esta potestad ejecutiva entraña el uso de la coerción, incluso respecto de terceros, con el objeto de imponer el mandato del laudo. Los árbitros carecen de este segundo componente de la potestad jurisdiccional propia de los juzgados y tribunales, que constitucionalmente abarca las facetas de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3º CE).

> La ejecución de los laudos cautelares precisará del auxilio de los tribunales en los mismos casos y condiciones en que la precisen los laudos finales

Esa es la razón por la cual el art. 23.2º LA razonablemente dispone que, «a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos», estableciendo de este modo la necesidad de acudir a los órganos judiciales para ejecutar los laudos cautelares, como si del laudo final se tratase, es decir, interponiendo la correspondiente demanda instando el despacho de la ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo (art. 545.2º LEC).

En todo caso, la ejecución de los laudos cautelares precisará del auxilio de los tribunales en los mismos casos y condiciones en que la precisen los laudos finales. Éstos, a su vez, están plenamente equiparados en cuanto a sus efectos a las sentencias judiciales y, concretamente, en lo referente al régimen de la ejecución, con la única y obvia salvedad de lo relativo a los documentos que deben presentarse para obtener el despacho de la ejecución del laudo (art. 550.1. 1º. II LEC) y el específico motivo de oposición a la ejecución consistente en la alegación de falta de autenticidad del laudo no protocolizado notarialmente (art. 559.1. 4º LEC).

Por todo lo expuesto, si para dotar de efectividad a una determinada resolución judicial no se precisa llevar a cabo actividad procesal de carácter ejecutivo, tampoco será necesario desarrollar dicha clase de actividad cuando se trate de un laudo arbitral del mismo contenido. Y en este punto es preciso observar que no cabe hablar de verdadera ejecución procesal cuando una resolución judicial no sea de carácter condenatorio, es decir, no imponga a la persona contra la que se dictó la realización de una determinada conducta o la abstención de llevarla a cabo. En efecto, sólo precisan de ejecución forzosa los pronunciamientos judiciales que impongan una condena y sólo constituyen actuaciones propiamente ejecutivas las previstas por la LEC para dar efectividad a dicha condena, sea ésta de carácter pecuniario (reguladas en los arts. 571 a 698 LEC) o no pecuniario (previstas en los arts. 699 a 720 LEC). La razón es muy simple: las actuaciones ejecutivas previstas en dichos preceptos implican el uso de la coerción y suponen una intromisión en la esfera patrimonial o personal del ejecutado. En el caso de los pronunciamientos diferentes de los de condena, es decir, los meramente declarativos o constitutivos, la propia sentencia satisface esencialmente el interés de quien instó dicho pronunciamiento, sin perjuicio de que aún se requiera realizar alguna otra actuación, como sucede singularmente con las anotaciones o inscripciones del derecho o situación jurídica declarada, creada, modificada o extinguida por el pronunciamiento judicial o arbitral. Se habla entonces de ejecución impropia, que, por las razones expuestas, en realidad ni siquiera merecería ser calificada como «ejecución».

En efecto, el art. 521.1º LEC dispone que «no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas». Y el apartado 2º del mismo precepto añade que «mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución».

Y en relación con la eficacia de los pronunciamientos judiciales respecto de las autoridades registrales, el art. 522.1º LEC dispone que «todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias

constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica».

Llegados a este punto hay que preguntarse qué naturaleza posee el laudo cautelar que decreta una anotación preventiva de demanda (arbitral). Dar efectividad a dicho pronunciamiento no implica la intervención coactiva o intromisión en la esfera patrimonial o personal del demandado, ni requiere, por lo tanto, la realización de ninguna de las actuaciones ejecutivas previstas en los arts. 571 a 698 LEC ni en los arts. 699 a 720 LEC, que son las actuaciones judiciales que merecen el calificativo de ejecutivas. Parece, pues, claro que no es equiparable a un pronunciamiento de condena. Se asemeja más bien a un pronunciamiento de carácter constitutivo, en la medida en que confiere al actor solicitante de la anotación (en el sentido de «crear» o «hacer surgir») un derecho a obtener la protección que brinda la publicidad registral.

No es, pues, necesario que un órgano judicial acuda con su *potestas* ejecutiva en auxilio de la efectividad del laudo cautelar ordenando una anotación preventiva de demanda. Dicho laudo se equipara a una resolución judicial y, por lo tanto, parafraseando lo dispuesto en el art. 522.1º LEC, los registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en dicho laudo y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas (5) . Eso sí: como también especifica el propio precepto, dicho acatamiento requiere que no existan «obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica». Y esta es la segunda parte del análisis al que hacíamos referencia al inicio de este epígrafe. En efecto, sentado que no se precisa una actuación genuinamente ejecutiva para dotar de eficacia al laudo cautelar que nos ocupa, es preciso aún, para determinar si practicar su inscripción requiere o no la emisión del correspondiente mandamiento judicial, analizar si, y en su caso en qué condiciones, la legislación registral autoriza dicha inscripción con base en la sola presentación del laudo, en su caso acompañado de otros documentos complementarios.

III. PERSPECTIVA HIPOTECARIA: EL LAUDO CAUTELAR COMO TÍTULO INSCRIBIBLE

La primera cuestión a la que debe darse respuesta en el plano hipotecario es la de si es preciso que, para ser inscrito, el laudo que decreta la medida cautelar de anotación preventiva de demanda haya adquirido firmeza. En efecto, la parte gravada por la medida cautelar de anotación preventiva podría ejercitar la acción de anulación denunciando los defectos que puedan ocasionar la nulidad del laudo cautelar.

Como es conocido, el laudo arbitral es firme desde que se dicta (art. 43 LA), pues la acción de anulación (arts. 40 ss LA) se configura como un auténtico medio de rescisión de la cosa juzgada, es decir, no constituye un recurso o una segunda instancia propiamente dichas, de modo que, en una interpretación literal, cabría llegar a la conclusión de que el laudo podría ser inscrito y producir los correspondientes efectos registrales nada más se hubiese dictado, aunque no haya expirado el plazo para interponer la acción de anulación o ésta se haya ejercitado y esté pendiente de resolución ante los tribunales. De hecho, el art. 45.1º LA dispone que *el «*laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación ». Si cabe ejecutar un laudo que aún puede ser anulado mediante la acción de anulación, ¿por qué no inscribir el laudo que se halle en la misma situación?

Una cosa es que no quepa degradar o hacer de menos la eficacia del laudo respecto de la de las sentencias firmes y otra muy diferente que al laudo pendiente de impugnación judicial se le confiera unos efectos registrales, superiores a los de una sentencia judicial pendiente de recurso

Lo cierto es que, de hecho, un laudo contra el que está pendiente una acción de anulación o respecto del cual no haya expirado aún el plazo para ejercitar dicha acción es, en términos prácticos, tan susceptible de quedar finalmente sin efectos como lo sería si el laudo no resultase inmediatamente firme porque la acción de anulación se hubiese configurado como un verdadero recurso, como tal dotado de efecto suspensivo de la cosa juzgada. Eso significa que si para producir los efectos registrales derivados de un laudo únicamente se exigiese su firmeza, las modificaciones registrales resultantes se verían aquejadas de una considerable falta de estabilidad, difícilmente compatible con la seguridad jurídica que debe proporcionar el registro y que, en el caso de las sentencias, ha llevado al legislador a exigir que, para producir los oportunos efectos registrales, no quepa ya ejercitar o no haya recursos pendientes contra una sentencia judicial (aunque no quepa descartar, por supuesto, una hipotética anulación en virtud de ciertos mecanismos de rescisión de la cosa juzgada, considerados de carácter excepcional). Una cosa es que no quepa degradar o hacer de menos la eficacia del laudo respecto de la de las sentencias firmes y otra muy diferente que al laudo pendiente de impugnación judicial se le confiera unos efectos, en este caso registrales, superiores a los de una sentencia judicial pendiente de recurso. De ahí que, como he dicho en otra parte (6) , a mi parecer es preciso entender que sólo cabe dar lugar a las correspondientes inscripciones registrales cuando el laudo (de suyo firme) no pueda ser dejado sin efecto a través de la acción de anulación.

Lo expuesto hasta ahora, sin embargo, no puede aplicarse mecánicamente a los laudos que decretan medidas cautelares, del mismo modo que tampoco puede aplicarse a las resoluciones judiciales que decretan medidas cautelares. En relación con estas últimas, el art. 738.1º LEC dispone que, «acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios». Y el art. 735.2º. II LEC dispone que «contra el auto que acuerde las medidas cautelares sólo cabe recurso de apelación, sin efectos suspensivos». La diferencia respecto de las sentencias radica en que las medidas cautelares, y en concreto la anotación preventiva de demanda, no dan lugar a asientos definitivos sino provisionales y esencialmente alterables en el curso del proceso, pues la tutela cautelar está continuamente condicionada a las circunstancias y vicisitudes del proceso y la base fáctica que llevó a su adopción puede verse alterada en el curso de las actuaciones. La equiparación entre laudo y sentencia y la necesidad de no frustrar la finalidad de las medidas cautelares que precisan, si no inmediato o urgente, si cuando menos, un pronto cumplimiento, llevan a la misma conclusión.

Por otro lado, la inscripción del laudo cautelar decretando una anotación preventiva de demanda no

podría ser denegada argumentando que la intervención de un órgano judicial emitiendo el correspondiente mandamiento entraña un control sobre los posibles obstáculos que se opongan a la legalidad de la medida, control que el registrador no podría realizar por competer de modo exclusivo a un órgano judicial. Del mismo modo que, tras la promulgación de la LEC 2000 y la LA de 2011, ya no parece sostenible un control judicial sobre el fondo del laudo en la fase de ejecución, aunque hubiese de solicitarse el auxilio de un juez para dotar de efectividad a una medida cautelar arbitral, aquél tampoco podría efectuar un control sobre la regularidad de la medida en cuanto, singularmente, a los presupuestos relativos a la concurrencia de un verdadero peligro en la demora, a la existencia de un suficiente *fumus boni iuris* etc. (7)

Es cierto que el control sobre la posible violación del orden público en el laudo es una cuestión que reviste cierta complejidad. Tanto que, en muchos ordenamientos de países con legislaciones arbitrales ampliamente liberales la ejecución y, en general, la eficacia del laudo se condicionan a una homologación judicial, centrada fundamentalmente en la arbitrabilidad de la materia y al respeto al orden público, de suerte que el órgano judicial puede privar de efectos al laudo con base en dichos extremos (8) . Como es lógico, dicha denegación sólo podrá tener lugar cuando el laudo no hubiese sido previamente impugnado ante los tribunales: si, en su día, un tribunal no encontró obstáculos del tipo indicado, pudiendo apreciarlos *ex officio*, carece de sentido que lo haga el juez llamado a ejecutar el laudo.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento arbitral, donde no existe semejante homologación, aunque se sostuviese que el juez pudiese denegar la ejecución del laudo por falta de arbitrabilidad de la materia o por infracción del orden público (9) , es asimismo razonable mantener que el registrador puede y debe hacer lo propio cuando se solicite la inscripción de un laudo palmariamente contrario al orden público. Entre otros motivos, porque dicho control debe producirse incluso cuando se trate de una resolución judicial, por ejemplo en el caso de una sentencia firme que decretase una sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado (10) . Frente a la denegación de la inscripción cabría, por supuesto, reaccionar acudiendo a la vía gubernativa ante la DGRN y a la jurisdiccional.

En cuanto a la exigencia de mandamiento judicial, es evidente que el art. 43 de la Ley Hipotecaria y 165 del Reglamento Hipotecario exigen literalmente que la inscripción se practique en virtud de dicho mandamiento. Pero una interpretación razonable y no literalista de dichos preceptos habría de partir de la base de que el laudo es un título equivalente a las resoluciones judiciales firmes, consideración que cuenta con el respaldo de una reiterada jurisprudencia constitucional que equipara funcionalmente laudos y sentencias (11) . Es más: negar al laudo, cautelar o final, la misma eficacia que las resoluciones judiciales para causar inscripciones directas en los registros públicos (una vez verificado que cumplen ciertos requisitos hipotecarios razonables, como su recepción mediante escritura pública) supondría una injustificable diferencia de trato que contradeciría abiertamente la referida doctrina constitucional. Aunque es cierto que no estaríamos ante una denegación del acceso a los registros propiamente dicha, porque, de hecho, el laudo podría ser inscrito mediante una resolución judicial, se estaría imponiendo una dependencia, complemento o subordinación, innecesarias y superfluas respecto de la autoridad judicial, cuya intervención, como dije, no puede justificarse en la necesidad hacer uso de la coerción para afectar la esfera patrimonial

o personal del ejecutado o en la necesidad de un control de regularidad exclusivamente atribuible a los tribunales.

Por supuesto, tal como señala la doctrina hipotecaria respecto del laudo final, para acceder al registro el laudo cautelar precisa ser protocolizado mediante escritura pública y no mediante una mera acta notarial. Como explica Mateo y Villa, «si la protocolización del laudo se efectúa por medio de acta, esta no autenticará, al menos, dos elementos esenciales: la integridad del laudo y su relación indisoluble con un determinado firmante, lo que sin duda es causa para oponerse a su ejecución judicial —de acuerdo con lo ya expuesto— y/o para denegar, en todo caso, su acceso al registro. En consecuencia, con el acta nada se habría conseguido en orden a la autenticidad, más allá de una misérrima fecha o lugar, y, en el mejor de los casos, una identidad (del firmante) que no necesariamente ha de coincidir con la del árbitro cuya certeza, si no va acompañada de la del contenido del laudo, en nada coadyuva a lo que aquí interesa; e ídem del anterior puede predicarse de la proposición inversa. En consecuencia, a los efectos de obtener una autenticación completa del laudo para lograr su acceso al registro, es preciso que aquel, de protocolizarse, lo sea por medio de escritura pública» (12) .

IV. CONCLUSIÓN

Como se ha podido comprobar en las líneas precedentes, la equiparación entre laudo y resolución judicial, reiteradamente afirmada por la jurisprudencia constitucional (como por ejemplo en la reciente STC 6/2021, de 15 de marzo) no ha acabado de consolidarse con carácter general en todos los ámbitos y, previsiblemente, tiene por delante un considerable camino por recorrer.

La sentencia comentada, que se alinea con la doctrina de la DGRN, es un claro ejemplo de la resistencia que puede encontrar el laudo arbitral para presentarse como un auténtico equivalente de la decisión jurisdiccional. Una anotación preventiva de demanda decretada cautelarmente por los árbitros habría de tener, en virtud de la equiparación referida, virtualidad para desplegar los mismos efectos registrales que un mandamiento judicial ordenando la misma medida, y carece de sentido imponer al laudo cautelar una suerte de validación judicial que nada le añade, puesto que los tribunales, fuera del cauce de la acción de anulación, no pueden controlar la regularidad del laudo o, si pudiesen hacerlo, lo sería en la misma medida que el registrador llamado a hacer la correspondiente calificación. Y, en cualquier caso, imponer el recurso al auxilio judicial implica conceptuar erróneamente la inscripción del laudo cautelar atribuyéndole el carácter de medida ejecutiva, consideración que en absoluto merece por las razones ya expuestas y, señaladamente, por no requerir el uso de potestades coactivas, única razón que podría justificar de un modo jurídicamente plausible la referida necesidad de recurrir al auxilio judicial.

BIBLIOGRAFÍA

MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona , Atelier, 2010.

MATEO Y VILLA, Í., «Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la

Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXX; n.º 743; mayo-junio 2014, pp. 1167 a 1230.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., «La sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales y la cancelación de los asientos contradictorios. Un intento de aclarar los arcanos del art. 208.2º LSC», *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital* (F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y R. Tena Arregui, dirs.), Madrid, Colegio Notarial de Madrid (Academia Matritense del Notariado), 2015, pp. 605-630.

PARDO IRANZO, V., *La ejecución del laudo* arbitral, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010.

REMON PEÑALBER, J. y MENDIETA GRANDE, J., «Comentario a los artículos 44 y 45 LA», *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A.J. Martín Muñoz), Madrid,, Marcial Pons 2006.

RIPOL, I., *La ejecución del laudo y su anulación. Estudios del art. 45 LA*, Barcelona, J.M. Bosch, 2013.

RUEDA GARCÍA, J.A., «Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2006)», *Revista vasca de Derecho procesal y arbitraje*, vol. 19, n.º 3, 2007, pp. 377-390.

SANCHEZ POS, M.V., *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi 2009.

SANSA TORRES, J., «Los efectos registrales del laudo», *El arbitraje: Nueva regulación y práctica arbitral* (D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

(1) ECLI:ES: APGI: 2022:287, ponente: José Isidro Rey Huidobro.

Ver Texto

(2) Resolución de 26 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 4.8. 2018).

Ver Texto

(3) . BOE 23.3.2006.

Ver Texto

(4) Incorrectamente, a mi juicio, ya que no cabe hablar de medidas cautelares una vez que haya recaído un pronunciamiento que resuelva en firme la controversia. La instrumentalidad o accesoriedad constituye una nota esencial de las medidas cautelares, que se dirigen a asegurar, mientras está pendiente el procedimiento declarativo, la efectividad de una futura y eventual sentencia estimatoria. Una vez concluido el proceso y dictada una sentencia firme (y recuérdese que el laudo es firme desde el momento en que se dicta: art. 43 LA) ya no cabe hablar de medidas cautelares, sino de medidas

ejecutivas o, en todo caso de medidas enderezadas a dotar de efectividad al mandato de la sentencia o laudo. Personalmente no me queda ninguna duda de que en este caso se trataba de llevar a efecto un pronunciamiento del laudo, es decir, de conferirle efectividad, y no de una medida cautelar. Y, a mayor abundamiento, tratándose de un pronunciamiento de naturaleza diferente a uno de condena, dicha efectividad no es propiamente ejecutiva o, si se prefiere, se trata de un supuesto de ejecución impropia (arts. 521 y 522 LEC), en relación con la cual no cabe despachar ejecución, como expresamente señala el art. 521.1º LEC. El carácter asegurativo de un tal pronunciamiento, tanto si se contiene en una sentencia o en un laudo, no lo conviene en cautelar, como sostiene la DGRN, en contra de los argumentos del impugnante.

Ver Texto

(5) En este sentido, también, V. Pardo Iranzo, *La ejecución del laudo arbitral*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010; asimismo J. Sansa Torres, «Los efectos registrales del laudo», *El arbitraje: Nueva regulación y práctica arbitral* (D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes , dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp.122 y 123.

Ver Texto

(6) *Cf*. «La sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales y la cancelación de los asientos contradictorios. Un intento de aclarar los arcanos del art. 208.2 LSC, en el libro colectivo *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital* F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y R. Tena Arregui, dirs.), Madrid, Colegio Notarial de Madrid (Academia Matritense del Notariado), 2015, pp. 605 a 630.

Ver Texto

(7) . En este sentido, entre otros, N. Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, l Atelier , Barcelona 2010, p. 285.

Ver Texto

(8) . Es el caso de la así denominada *confirmation* de la sección 9 de la *Federal Arbitration Act* (FAA) norteamericana, de 1925; o del § 1060 ZPO (*Vollstreckbarkeitserklärung*).

Ver Texto

(9) . En dicho sentido, por ejemplo, I. Ripol, *La ejecución del laudo y su anulación. Estudios del art. 45 LA*, Barcelona, JMBosch, 2013, p. 171 ; también J. Remón Peñalber y J Mendieta Grande, «Comentario a los artículos 44 y 45 LA», *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. Martín Muñoz, coord.), Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 613. Respecto del control sobre el carácter arbitrable de la materia objeto de arbitraje, *vid.*. M.V. Sánchez Pos, *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral* , Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 201 ss.

Ver Texto

(10) . *Vid.*., en este sentido, I. Mateo y Villa : «Empero, se ha planteado por cierto sector de la doctrina la posibilidad de anulación del laudo cuando este se mofe impunemente de la equidad o de la ley

aplicable. Excede notablemente del objeto del presente trabajo la discusión sobre esta materia; ahora bien, nótese lo limitado de la posibilidad de anulación de un laudo por las razones expuestas, en tanto que con los datos de los que dispone el registrador es difícil percibir la falta de equidad o la no consideración de la ley aplicable, lo que exigiría que los árbitros hubieran prescindido palmariamente de una u otra lo que, en ningún caso, ha de extenderse a la interpretación de las normas aplicables sino a las concretamente elegidas para sostener o justificar el laudo. Es Sansa Torres quien mejor expone los intereses en juego al plantearse qué sucedería si un laudo contuviera una sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado; y nosotros contestamos figurándonos el caso en que no un laudo sino una sentencia judicial ofreciera este mismo problema: no la inscribiríamos por tratarse de una norma de Orden público que el juez no puede soslayar. No se trata, pues, de un problema propio del laudo sino, igualmente, de las sentencias. En conclusión, creemos que, salvo supuestos de orden público, no transaccionables o modulables por la autoridad judicial o arbitral, el laudo o sentencia habrá de acceder al registro y el registrador no podrá basar su calificación negativa en este punto». *Cf*. «Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXX; n.º 743; mayo-junio 2014, pp. 1167-1230.

Ver Texto

(11) . En este sentido, *cf*. también, J.A. Rueda García, «Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2006)», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 19, n.º. 3, 2007, pp. 377-390.

Ver Texto

(12) . *Cf.* «Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral», *loc. cit*. El autor añade que, «siendo la labor del notario enormemente limitada, pues se reducirá a identificar a los otorgantes, sin que pueda exigirles que acrediten su condición de árbitros, lo que supone, además, que no realizará juicio de suficiencia de los otorgantes para el negocio concreto de que se trate, sin perjuicio de la declaración general de capacidad, pues lo esencial es que el laudo se protocolice y no tanto que este sea presentado para la protocolización por quienes sean los árbitros».

Ver Texto

Desestimación de una acción de anulación de un laudo arbitral tras declararse la inexistencia de todos los motivos invocados

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1ª 24 de marzo de 2022 (1) (2) .

Rejection of an action for annulment of an arbitral award after finding that all of the following reasons relied on are not present

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), núm. 11/2022, de 24 de marzo (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado), desestima la acción de anulación de un laudo arbitral por inexistencia de los siguientes motivos: falta de competencia/jurisdicción; vulneración de la tutela judicial efectiva y de los principios fundamentales básicos de audiencia, contradicción e igualdad; incongruencia *extra petita*; falta de motivación; vulneración del orden público; e infracción del deber de imparcialidad de los árbitros, vulneración de la tutela judicial efectiva y resto de principios básicos del derecho, tanto por los árbitros como por la institución administradora del arbitraje.

Arbitraje, Acción de anulación, Falta de competencia/jurisdicción, Vulneración de los principios esenciales, Incongruencia *extra petita,* Falta de motivación, Vulneración del orden público, Infracción del deber de imparcialidad, Desestimación.

The judgement of Superior Court of Justice of Madrid (Civil and Criminal Court, Section First), n.º 11/2022, 24 March (Rapporteur: Ilmo. Mr. D. Francisco José Goyena Salgado), dismisses the action for annulment of an arbitration award due to the absence of the following reasons: lack of jurisdiction/competence; violation of effective judicial protection and of the basic fundamental principles of hearing, contradiction and equality; *extra* petite incongruity; lack of motivation; breach of public order; and infringement of the duty of impartiality of the arbitrators, violation of effective judicial protection and other basic principles of law, both by the arbitrators and by the institution administering the arbitration.

Arbitration, Annulment of the award, Lack of jurisdiction/competence, Violation of essential principles, *Extra* petite incongruity, Lack of motivation , Breach of public order, Infringement or the duty of impartiality, Desestimation.

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El presente proceso de anulación tiene su origen en un arbitraje sobre un contrato de arrendamiento de industria suscrito entre las partes, en el que la parte demandante [«Metal Fragmentado Reciclado, S.L.»] solicitaba que se dictara el correspondiente laudo por el que con carácter principal: a) «se declare rescindido el contrato de industria» por diversos incumplimientos al no poder desarrollar esa parte «la actividad conforme al objeto y destino que figuran en el propio contrato de arrendamiento de industria, así como por la falta de cumplimiento de los compromisos adquiridos por la sociedad demandada, "Recuperación Materiales Diversos, S.A.", en el contrato de "Joint Venture"..., y posterior Escritura de asunción de obligaciones»; y b) «se condene a la demandada a pasar por la anterior declaración y, consecuentemente, se condene a la misma al pago de la cantidad de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000.—) a la sociedad» demandante, «así como al pago del interés legal más dos puntos, desde la fecha del dictado laudo y hasta el completo pago de aquella cantidad a la parte actora». De manera subsidiaria, en tres ocasiones, realiza una serie de peticiones para el caso de que no se estimara lo solicitado con anterioridad. Concluyendo con la solicitud de «condena expresa en costas a la parte demandada, caso de oposición a nuestras pretensiones» [FD 7º].

La Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJM, declara que «el núcleo de la pretensión rescisoria/resolutoria que plantea la parte demandante, radicaría en que la industria objeto del contrato suscrito entre las partes, más una tercera sociedad —y por ende el propio contrato de arrendamiento de industria, según acreditan los informes periciales de esta parte—, resulta imposible» [FD 7º].

Recoge el Alto Tribunal Autonómico que «señala así la demanda que: "más allá de cualesquiera obligaciones que la demandada pudiera mantener con la sociedad "Recinver, S.L.", es lo cierto que la prolongación de la situación irregular en lo que respecta al contrato de industria no es aceptable jurídicamente para mi representada, ya que la hoy demandada ni cumple las obligaciones para con "Recinver, S.L.", ni cumple las obligaciones para "Metal Fragmentado Reciclado, S.L.", todo ello sin perjuicio de las conductas descritas en el cuerpo de la presente, que evidencian un abierto hostigamiento, acoso, molestia, abuso de derecho, fraude de ley, todo ello sin ánimo de exhaustividad"» [FD 7º].

La parte demandada contesta y se opone a la pretensión de la actora, solicitando del Tribunal arbitral que «Acogiendo la excepción procesal de cosa juzgada alegada en el Hecho Previo Segundo, acuerde el archivo de las actuaciones». «Subsidiariamente y para el caso de que no sea acogida la excepción procesal antedicha, desestime íntegramente todas y cada una de las pretensiones interesadas por la contraparte al no adolecer la finca arrendada de falta de idoneidad y no haber incumplido mi patrocinada sus compromisos contractuales, todo ello sin que proceda, en consecuencia, el pago por parte de RMD de la cuantía indemnizatoria que se solicita». «Subsidiariamente a lo anterior y en caso de que el Tribunal declare rescindido o resuelto el Contrato

de Arrendamiento suscrito entre las partes, desestime la pretensión indemnizatoria interesada de contrario al no adolecer la finca arrendada de falta de idoneidad y al no haber incumplido mi patrocinada sus compromisos contractuales». Concluye con la solicitud de «imposición de costas a la contraparte en cualquier caso» [FD 7º].

La Sentencia señala que «niega, en suma, y esto es el núcleo de su oposición, que haya existido incumplimiento contractual alguno por esta parte, o que la parcela adolezca de falta de idoneidad, por lo que las pretensiones de la demanda deben ser íntegramente desestimadas. En cualquier caso, aunque se acogiera la rescisión o resolución del Contrato de Arrendamiento, desde luego aquella no sería imputable a RMD, de modo que el abono de la indemnización, que de lo contrario se solicita, resulta improcedente» [FD 7º]..

En la Sentencia se expone que «la pretensión ejercitada por la parte demandante, denunciando el incumplimiento por parte de la demandada del contrato de arrendamiento de industria, ya ejercitando la *actio in adimpletu contractus*, ya la acción resolutoria tácita del art. 1124 Cc, al tratarse de un negocio jurídico sinalagmático, va a ser acogida por el Tribunal arbitral, con base en el citado art. 1124 Cc, apreciando el mutuo disenso de las partes contratantes, al entender que por ambas partes se han producido numerosos y sustantivos incumplimientos, así como la existencia de una voluntad entre las partes para no llevar a buen fin el contrato». Y continúa la Sentencia «por otra parte, la consecuencia que se sigue de lo anterior, es la falta de responsabilidad contractual atribuible a una sola de las partes, presupuesto del éxito de cualquiera de las acciones ejercitadas, lo que lleva al Tribunal arbitral a desestimar la pretensión indemnizatoria —en este caso prevista contractualmente— que plantea la actora, al reclamar a la demandada el pago de cinco millones de euros» [FD 7º].

Se plantea demanda de anulación contra el laudo arbitral de fecha «7 de enero de 2020 [*sic*], ya que es de 24 de octubre de 2020» dictado por el Tribunal arbitral designado por la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid [FD 1º].

En el Laudo final impugnado se resuelve: «1º) Declarar resuelto, desde la fecha de este laudo, el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, en razón a los incumplimientos recíprocos todos ellos confluyentes en la voluntad resolutoria común. 2º) Declarar, en consecuencia, que no resulta de aplicación al caso la cláusula penal prevista en el Contrato, por cuanto la resolución del mismo es también imputable a la propia arrendataria que, en consecuencia, ha contribuido activamente con su torpeza o culpabilidad —igual, por cierto, que la arrendadora— en la voluntad extintiva o *contra contractus*. No ha lugar, pues a indemnización alguna. 3º) Sin imposición de costas, que serán satisfechas por cada parte las suyas y las comunes por mitad, en base a que no se hace estimación ni desestimación de la demanda, si bien MFR, S.L. debe de reintegrar a RMD, S.A. la cantidad de 13.810 €, correspondiente a la parte de costas comunes que ésta satisfizo por aquella» [FD 1º].

Con fecha 24 de noviembre de 2020, el Árbitro dictó Laudo de corrección, aclaración, complemento y rectificación resolviendo lo siguiente: «1º) Corregir el laudo dictado el 24 de octubre de 2020, en el sentido de incluir las correcciones solicitadas por la actora en su comunicación C-42 y a que se hacen referencia, y en los términos que ahí constan, en los epígrafes I y II anteriores; 2º) Desestimar

íntegramente los demás pedimentos del escrito de solicitud de corrección, aclaración, complemento y rectificación del laudo presentado por la actora y tantas veces referido; manteniendo inalterados, salvo las correcciones señaladas, todos y cada uno de los restantes pronunciamientos y decisiones del mencionado laudo principal». Y en la Sentencia se declara que «las citadas correcciones que se aceptan, no modifican el sentido de lo resuelto en el laudo principal» [FD 1º].

Como se señala en la Sentencia, en la demanda de anulación del laudo, que tuvo entrada en la Sala de lo Civil y lo Penal el 28 de enero de 2021 [Antecedente de Hecho 1º] se solicita que «se declare la nulidad del laudo arbitral principal y el Laudo de corrección, aclaración, complemento y rectificación, dejándolos sin efecto, con expresa condena en costas a la parte contraria en su caso» [FD 2º].

En la Sentencia se expone que «la demanda arbitral [léase demanda de anulación] formulada por la representación de la mercantil "MFR, S.L.", desarrolla en sus antecedentes de hecho, un extenso y pormenorizado compendio (146 folios), con reproducción literal de pasajes y resoluciones de los avatares por los que ha pasado el desarrollo del procedimiento arbitral, y que a modo de corolario, condensa en el hecho cuarto de su escrito y que, en suma, recoge la versión crítica de la parte demandante de cómo se ha desarrollado dicho procedimiento arbitral» [FD 2º].

«Así se señala: "Como ya hemos manifestado, prácticamente desde el inicio del procedimiento arbitral se han sucedido en cascada toda suerte de vulneraciones de los derechos de mi representada, pasando, incluso, por la falta de imparcialidad de los árbitros, así como de la propia institución administradora del Arbitraje. Esta falta de gobernanza y quiebra del proceso debido, de manera muy grave, afectó al derecho a la igualdad de armas de mi representada, MFR, ya que la inadmisión de la impugnación del informe pericial, así como el posterior rechazo de la documental aportada durante la Comparecencia de Cuestiones Previas, de 6 de febrero de 2019, "en bloque", así como la inadmisión de las periciales CT-1 bis y CT-6 impidieron el dictado de un Laudo estimatorio, ya que se hubiera acreditado que la parcela e industria objeto del contrato de arrendamiento de industria, resultaban poco idóneas para el desarrollo de la actividad arrendada, que era la específica de mi representada (productos procedentes de fragmentadora)» [FD 2º].

«La inadmisión de las causas de recusación, de plano, con las gravísimas irregularidades producidas en la tramitación de los incidentes, ya denunciadas, sólo abundaron y acrecentaron la quiebra de los Derechos fundamentales de mi representada. El esfuerzo jurídico, en estos términos, se volvió colosal, ya que esta parte se enfrentaba a la parte demandada, al perito (cuya recusación fue desestimada), a los árbitros, de uno y otro tribunal o, incluso, a la propia Corte de Arbitraje del ICAM» [FD 2º].

«Pues, aun así, y a pesar del inquietante y aberrante, dicho sea con los debidos respetos, desarrollo del procedimiento arbitral, y de la conculcación de todo tipo de derechos fundamentales de mi representada, incardinables, todos ellos, en el ap. 41.1º.f) LA (3) , y con la prueba —ciertamente cercenada a esta parte— obrante en autos, aun así, como decimos, el fallo debió ser estimatoria íntegramente, pero, ahora nos hemos encontrado con el dictado de un Laudo que, permítasenos, siempre con los debidos respetos, poco menos que se ha sustraído de manera rabiosa a toda la

prueba practicada, que no menciona en el laudo (ni tan siquiera una sola de ellas), que no valora, ya que no la refiere, y que, por lo demás, tampoco motiva, concluyendo dicho Laudo, de 24 de octubre de 2020, lo imposible, sobre la base de lo que nunca se pidió por la parte demandada"» [FD 2º].

Como se dice en la Sentencia, «la demanda plantea [se refiere a la de anulación], en sus fundamentos de derecho, como motivos de nulidad, en los que ha incurrido el laudo impugnado, todos incardinados en el art. 41.1º.f) LA [a pesar de lo que luego diremos de que algunos tienen motivos específicos y no todos por la causa de la infracción del orden público], los siguientes»: 1º) «Vulneración de la tutela judicial efectiva y de los principios fundamentales básicos de audiencia, contradicción e igualdad»; 2º) «Vulneración del orden público»; 3º) «Infracción del deber de imparcialidad de los árbitros. Vulneración de la tutela judicial efectiva y resto de principios básicos del derecho, tanto por los árbitros como la institución Administradora del Arbitraje»; 4º) «Falta de motivación»; 5º) «Incongruencia *extra petita*». «Por otra parte, y a modo de SEXTO motivo, no formulado con ocasión del escrito de demanda, se pone de manifiesto, por el carácter de orden público procesal, que la mercantil "RMD, S.A.", se encuentra inmersa en el procedimiento concursal solicitado por ella y que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 y Mercantil de León». Y, «con base en lo anterior, se solicita de la Sala que se proceda a analizar de oficio la cuestión planteada sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil, donde se tramita el concurso de la mercantil "RMD, S.L.", dado que la competencia de los Juzgados de lo mercantil, en materia de concurso, son exclusivas y excluyentes (Art. 8.1º LC y 86 tr.1.1º LOPJ)» [FD 2º].

En la Sentencia se expone que la parte demandada contestó a la demanda de anulación, «oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación, con imposición de costas». Así, en su escrito de contestación, «tras exponer desde su punto de vista las circunstancias que han sobrevenido en el procedimiento arbitral, que entre otras cosas ha dado lugar a su efectiva dilación en el tiempo, analiza los motivos de anulación que se exponen en la demanda, impugnando los mismos» [FD 3º].

El Tribunal Superior de Justicia sigue el orden del escrito de contestación de la parte demandada. «En relación a la alegada incongruencia *extra petita*, la rechaza desde el momento en que el mutuo disenso constituye el remedio latente en acciones resolutorias . En el caso presente "los recíprocos incumplimientos e, incluso, las peticiones resolutorias, aparecen en los súplicos de ambos escritos rectores, por lo tanto, el laudo de 24 de octubre de 2020 ni ha acogido una pretensión no alegada, ni ha utilizado como fundamentos elementos fácticos no aducidos por las partes, por lo que no se habría producido la incongruencia alegada por MFR [*sic*, falta cerrar las comillas], [FD 3º].

Sigue la Sala del Tribunal Superior recogiendo que "por lo que respecta a la falta de motivación que se apunta de contrario, manifiesta la parte demandada, por el contrario, que el laudo tiene una motivación suficiente, "expresión de los razonamientos, elementos fácticos y jurídicos, que sustentan la decisión"». «En cuanto a la alegada falta de neutralidad del Tribunal Arbitral y la Corte, «lo que acontece, en realidad —señala la parte demandada— es que para la parte actora el Tribunal perdió la neutralidad [*sic*, falta cerrar las comillas] "en el momento en que…puso coto a sus pretendidos dislates procesal", lo que empezó desde el momento en que el Tribunal no permitió a la

parte demandante, en aplicación del art. 32.4º Regl. ICAM, la aportación de los contrainformes periciales, "lo que provocó el inicio de la actitud de acoso y derribo hacia el Tribunal". En cuanto a "la alegación de falta de neutralidad, a la vista de las actuaciones, carece del menor rigor fáctico y jurídico, por lo que debe ser rechazada" según la demandada. Por último, dice la Sala de lo Civil y Penal, "hay que referirse a las alegaciones que realiza la parte demandada, a la que se dio el obligado traslado, respecto a la "sugerencia o planteamiento", que hizo la parte demandante, en relación a la apreciación de oficio de la falta de competencia (más bien falta de jurisdicción, matiza el Alto Tribunal, con lo que estamos totalmente de acuerdo) del Tribunal arbitral, al tratarse de una competencia exclusiva y excluyente del Juzgado de lo Mercantil, ante el que se tramita el concurso de acreedores de RMD". "Señala al respecto que RMD se encuentra en *situación de cumplimiento del convenio concursal*". Y continúa, "tras una primera sentencia de aprobación del convenio concursal (11 enero 2010) (Anexo 5 de la demanda), se efectuó un posterior "reconvenio", aprobado mediante sentencia de 24 febrero 2016, ya firme (Anexo 6 de la demanda). Actualmente, como reconoce la parte demandante, está en tramitación la novación del convenio concursal originario (Anexo 7 de la demanda). En consecuencia, RMD se encuentra en fase de cumplimiento convenio, siéndole de aplicación el art. 394 TRLC, conforme al cual, "desde la eficacia del convenio, cesan, sin excepción todos los efectos de la declaración del concurso, con la única salvedad del deber de colaboración e información"». El Tribunal Autonómico expone que «se apunta en apoyo de lo anterior el Auto del Tribunal Supremo de 10 julio 2012» al que luego se referirá dicho Tribunal. Y, en consecuencia concluye la parte demandada, «el tribunal Arbitral, que emitió el laudo cuya nulidad ha sido promovida en autos, tenía en efecto jurisdicción para resolver la controversia [*sic*, falta cerrar las comillas][FD 3º].

II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid hace una serie consideraciones sobre la naturaleza de la acción de anulación en el FD 4 de su Sentencia.

Así declara que «con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, entre otras en nuestra sentencia de fecha 16 de enero de 2019, con cita de nuestras sentencias de fechas 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 que: "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar".

"En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados

en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial determinan —como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009 (ROJ: STS 5722/2009)— que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 y 761/1996 [*sic*, es la 176/1996] y 13/1927 [*sic*, es la 13/1997) y, según la jurisprudencia de esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias y omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)"». Y añade la Sala que «en igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018».

El Alto Tribunal continúa declarando que «al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que "como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006: como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad, como precisa la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003— de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo (léase Exposición de Motivos) de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el art. 42.2º de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el art. 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dicte en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza el fondo de la controversia, sino únicamente los presupuestos del arbitraje y su desarrollo".

La Sala ahora con cita de Sentencias del Tribunal Constitucional, declara que "en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3181) y 228/93, de 4 de octubre [*sic*, es la 288/1993, de 4 de octubre], 259/93, de 23 de julio [*sic* es el ATC 259/1993, de 20 de julio (4)] (EDJ 1993/7399), 176/96, de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del art. 45 Ley de Arbitraje —hoy art. 41— está

limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida a arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitadas éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431) en su Fundamento Sétimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones».

III. MOTIVOS DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

En la Sentencia objeto de comentario se declara que «como consideración previa, respecto de los motivos de anulación invocados apoyados en la vulneración de la tutela judicial efectiva, ya ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse en su sentencia de fecha 18 de noviembre de 2021, en el sentido de que resulta, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional más reciente, improcedente, pues, carece de base normativa». «A este respecto exponíamos que: [dice la Sala del Tribunal Superior de Justicia madrileño] «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 de lo 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» [FD 5º].

El Tribunal madrileño trae a colación la STC 15 marzo 2021 [*sic*, es la STC 17/2021, de 15 de febrero (5)] al declarar que, así lo establece sin ambages la mencionada Sentencia, «Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de conflictos, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la LA. De esto se infiere que, si las partes de un arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora el procedimiento arbitral, y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales a que se ha hecho referencia (art. 41 LA). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, "cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve" (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5)». Y añade la Sala del Tribunal Superior de Justicia, «esta consideración, que con carácter general es aplicable a los motivos de nulidad señalados, desdibuja en buena parte la base argumental de los mismos, en cuanto se articule en torno a la lesión de la tutela judicial efectiva» [FD

5º].

A continuación, la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia se refiere a los motivos invocados señalando que dichos motivos «tienen en común, por otra parte, la referencia al contemplado en el art. 41.1º.f) LA, 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 pueden incidir en el orden público procesal, que sí puede revisar la Sala, incluso de oficio» [FD 6º].

Ahora la Sala recuerda que la STC 46/2020, de 15 de junio (6) , declaró: «Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio, y 54/1989, de 23 de febrero), y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y 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» [FD 6º].

Se refiere la Sala ahora nuevamente a la STC 17/2021, de 15 de febrero cuando expone que «concreta el concepto de orden público en relación al arbitraje y la función de esta Sala, estableciendo el siguiente criterio: "...la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje. En este orden de ideas, ya hemos dicho que, "orden público material se entiende el conjunto de principios jurídico públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero), y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como los principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando

el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior» [FD 6º].

IV. FALTA DE COMPETENCIA/JURISDICCIÓN

Dice la Sala que «el análisis de los motivos de anulación planteados por la parte demandante, debe comenzar por último alegado por ésta, tardía y extemporáneamente, dado que ni se planteó en el procedimiento arbitral, ni con ocasión de la formulación de la presente demanda de anulación» [FD 8º].

Así en la Sentencia se declara que «es cierto que la alegación de falta de competencia/jurisdicción es una cuestión de orden público procesal, en la que, como tiene señalado el Tribunal Constitucional, ratificando su doctrina, puede entrar a conocer esta Sala. Es más, al ser una cuestión de orden público, como nos recuerda la parte proponente, puede ser apreciada de oficio —*ex art.* 41.2º LA— [FD 8º].

El Alto Tribunal Autonómico señala que «la cuestión es que para poder examinar de oficio la falta de competencia/jurisdicción, cuando no se deduce de las propias actuaciones (p.ej., por tratarse de una cuestión no arbitrable, o una cuestión de competencia territorial, o que, por la materia, *a priori*, está atribuida en exclusiva y de forma excluyente a un órgano jurisdiccional), ante la falta de alegación en tiempo y forma, requiere que esta Sala tenga conocimiento de ella. De las actuaciones propiamente dichas, incluido el procedimiento arbitral, no se deduciría la situación de concurso de la mercantil RMD, salvo porque, al cambiar de letrado la parte demandante, se haya planteado una línea de defensa complementaria, dado que mantiene los demás motivos de anulación contenidos en la demanda» [FD 8º].

El Tribunal expone que «dicha falta de conocimiento no se suple con la documental aportada por la parte demandante, al plantear la sugerencia de que la Sala examine de oficio la competencia del juzgado de lo mercantil que lleva el concurso de RMD, como excluyente de la del Tribunal arbitral, dado que al ser extemporánea y haber precluido el trámite de prueba, los documentos que se incorporan no pueden tener dicho valor de prueba y en consecuencia desplegar efectos de esta naturaleza». Y añade sobre el particular que «ahora bien, no obstante lo anterior, y siendo cierto, repetimos, que las cuestiones que afectan a la competencia o a la jurisdicción pueden ser examinadas de oficio, tampoco podemos obviar que ambas partes litigantes son contestes en que dicha situación existe, por lo que tampoco la Sala puede ignorar dicha circunstancia» [FD 8º].

«Dicho lo anterior, efectivamente, el art. 86 ter.1.1º LOPJ establece que "la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil" (7) [FD 8º]..

La Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal madrileño señala que "dicha competencia exclusiva y excluyente se reproduce en el art. 52 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobada por RDL

172020 vigente: "Carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción: La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las siguientes materias: 1ª Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores» [FD 8º].

Se recoge en la Sentencia, objeto de comentario, que «ambas partes reconocen que RMD se ha visto sometida a un procedimiento concursal, aclarando la parte demandada, que se encuentra en fase de cumplimiento del convenio concursal, tras la aprobación del convenio concursal por sentencia de 11 enero 2010 y un posterior "reconvenio", aprobado por sentencia de fecha 24 febrero 2016, e incluso, según se informa a la Sala, está siendo objeto de novación el convenio original» [FD 8º].

Y continúa la Sala «dicha fase, como pone de relieve la parte demandada, determina que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 133 de la Ley concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal:

"Art. 133. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio. 1. El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordarlo con carácter parcial. 2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el art. 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento. Los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que éste señale".

La Sala de lo Civil y lo Penal expone que "aun cuando el nuevo texto de la Ley Concursal es de fecha posterior, dado que fue aprobado en 2020, y conforme a la Disposición Transitoria que contiene, no tendría alcance retroactivo, lo cierto es que establece un efecto idéntico, una vez se haya aprobado el convenio.

Así, el art. 393 establece: «Comienzo de la eficacia del convenio: 1. El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, el juez, por razón del contenido del convenio, podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la sentencia de aprobación alcance firmeza. El retraso de la eficacia del convenio podrá acordarse con carácter parcial.

Art. 394. Cesación de los efectos de la declaración de concurso. 1. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio. 2. Los deberes de colaboración e información subsistirán hasta la conclusión del procedimiento» [FD 8º]..

La presente decisión valora los siguientes motivos de anulación: Falta de competencia/jurisdicción — vulneración de la tutela judicial efectiva

y de los principios fundamentales básicos de audiencia, contradicción e igualdad — incongruencia *extra petita* — falta de motivación — vulneración del orden público; e infracción del deber de imparcialidad de los árbitros — vulneración de la tutela judicial efectiva y resto de principios básicos del derecho, tanto por los árbitros como por la institución administradora del arbitraje

Según el Tribunal Autonómico madrileño, "dicho cese de efectos y competencia del Juez del concurso, es puesta de relieve, efectivamente como indica la parte demandada, por el Tribunal Supremo, en su Auto de fecha 10 de julio de 2012 (ATS 7682/2012), resolviendo una cuestión de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia de Madrid y un Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, al señalar: "ÚNICO.— La presente cuestión de competencia, suscitada entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid, a iniciativa del primero y que se centra en determinar cuál de dichos órganos jurisdiccionales es el competente para el conocimiento de la causa, ante la existencia de un procedimiento concursal anterior en que ha recaído sentencia firme de aprobación del convenio, debe resolverse, conforme dictamina el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar competente al Juzgado de Primera Instancia n.º 41 de Madrid pues, si bien ciertamente la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, que queda condicionada a la declaración firme de su cumplimiento (art. 176.1.2º en relación con art. 141 LC), y no obstante determinar el art. 8 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio que "...La jurisdicción del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil..." y establecer respecto de nuevos juicios declarativos el art. 50 del mismo texto concursal que "1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez de concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso", una interpretación sistemática de los preceptos de dicha Ley Concursal, poniendo en coherente conexión la ubicación del art. 50 dentro del título III "De los efectos de la declaración del concurso" con lo dispuesto en el art. 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el art. 143.2º en relación con el art. 141.3º y 4º, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio".

En este sentido y en la fase concursal que se deriva de la aprobación del convenio [continúa la Sala de lo Civil y lo Penal], la STS 229/2016, de 8 de abril, reconoció la competencia de una Sección de la Audiencia Provincial de Valencia, no especializada en materia mercantil frente al Juzgado de lo mercantil o la correspondiente Sección especializada de la Audiencia, para conocer de una reclamación de rentas.

Aplicando dicho criterio [afirma el Tribunal Autonómico madrileño] y efecto normativo que supone la aprobación del convenio concursal, la actuación del Tribunal arbitral, que se inicia con posterioridad a dicha aprobación —la solicitud de arbitraje se insta el 21-1.2018— no venía impedida o limitada jurisdiccionalmente por la actuación previa del Juzgado de lo mercantil que conoció del concurso de RMD. Procede [concluye la Sala], en consonancia, desestimar el motivo analizado» [FD 8º].

V. VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES BÁSICOS DE AUDIENCIA, CONTRADICCIÓN E IGUALDAD

Se señala en la Sentencia objeto de comentario que «el análisis del motivo no procede hacerla desde la perspectiva de la infracción de la tutela judicial efectiva, por las razones que ya hemos expuesto, sino desde los propios principios que rigen en el procedimiento arbitral, del que es paradigmático el art. 24.1º LA: "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer vales sus derechos". Principios que tienen su desarrollo procedimental en los siguientes artículos, así como en el Reglamento Arbitral del ICAM» [FD 9º].

Dado el contenido de este motivo lo apropiado sería haberlo planteado por la vía del art. 41.1 b) LA relativa a la indefensión provocada por causas distintas a los defectos en la comunicación.

Así se declara en la Sentencia que «la constatación de la vulneración de garantías procedimentales fundamentales, como el derecho de defensa, la igualdad, la bilateralidad, contradicción y prueba, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, reiterando la ya anteriormente desarrollada, pueden dar lugar a la anulación del laudo arbitral» [FD 9º]..

Continúa la Sala del Tribunal autonómico diciendo que "el examen del procedimiento arbitral, obrante en el presente procedimiento de anulación, permite constatar cómo por el Tribunal arbitral se admitió la demanda con la documental acompañada a la misma. Las partes presentaron sus respectivos escritos de proposición de prueba, pudiendo observar como mediante OP (Orden Procesal) n.º 3, de 25-7-2018, se admitió toda la prueba propuesta por la demandante. Si se deniega la aportación a instancia de MFR de los informes contra periciales, por OP n.º 6, de 23 noviembre 2018, lo cual se realiza con base en la siguiente fundamentación:

"Es preciso destacar que el art. 32 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, invocado por MFR viene a establecer simplemente la forma de proceder cuando se haya producido el nombramiento de peritos por el Tribunal. En efecto, este artículo es de aplicación al caso, pero no de la manera en que la parte pretende.

Este Tribunal [se refiere al Tribunal arbitral] ha de acoger la interpretación que de tal artículo hace RMD en su escrito de alegaciones, al afirmar que "contempla la posibilidad de que las partes aporten dictámenes elaborados por Peritos libremente designados sin imponer, como es lógico, la obligación de que aquellos sean designados por los Árbitros. O incluso de que los aporten cuando los Peritos sean designados de oficio, no a solicitud de parte" [FD 9º].

La Sala de lo Civil y lo Penal señala que "de esta manera, lo que el precepto viene a regular, es cómo proceder cuando se produzca el nombramiento de peritos por el Tribunal, sin otorgar, empero, un derecho absoluto a poder interesar nuevas aportaciones de informes periciales".

"Y es que es preciso [continúa la Sala] tener en cuenta que en el ámbito del arbitraje ha de regir también el principio de preclusión de los actos. En este sentido, tal y como afirma FERNÁNDEZ ROZAS, tal principio exige que los actos que integran el desarrollo del procedimiento arbitral cuenten, sin sacrificar la flexibilidad propia de este mecanismo de resolución de conflictos, con una cierta sustantividad que les permita conciliar ese objetivo con la igualdad de armas en el proceso, integrado en el art. 24 de la Ley de Arbitraje. De esta manera, si se acogiera la interpretación propuesta por MFR RECICLADO se estaría comprometiendo dicho principio de igualdad hasta el punto de que para ser salvaguardado exigiría la aportación de nuevos informes que contradijeran las tesis recogidas en la contra pericial, iniciando una dialéctica que se prolongaría indefinidamente" [FD 9º].

Refiriéndose ahora al Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje del ICAM, el Tribunal autonómico declara que "descendiendo al Reglamento de Arbitraje del ICAM, norma de cuyos arts. 20 y 32 también se hace eco la parte actora en su escrito de alegaciones, lo cierto es que se trata de una normativa que no hace sino seguir esa filosofía recogida en el párrafo anterior.

En efecto, mientras que el art. 20 consagra el principio de igualdad, el art. 32, en su punto cuarto, contempla la posibilidad de que "si los peritos hubieran sido nombrados por los árbitros, las partes podrán, además, presentar otros peritos para que declaren sobre las cuestiones debatidas".

Una vez más, este precepto es de aplicación al caso que nos ocupa, pero no de la manera en que pretende M.F.R.. En efecto, el citado artículo contempla la posibilidad de que se puedan presentar otros peritos, pero solamente a los efectos de que puedan declarar sobre las cuestiones debatidas. En ningún momento el tenor de ese artículo permite que se aporten informes periciales nuevos, puesto que con ello se estaría comprometiendo lo estipulado, como se ha visto, en la Ley de Arbitraje.

El punto quinto del art. 32 del Reglamento confirma esta postura, puesto que contempla el interrogatorio como medio para la exteriorización de la pericia y permite, además, la celebración de careos. En suma, dos institutos procesales de decidida vocación oral y aclarativa, nunca sustantiva" [FD 9º].

Afirma también el Tribunal Superior de Justicia que "igual destino ha de darse al art. 6.5 de las Reglas de la IBA, que contempla el testimonio como forma de intervención de la contraparte. En todo caso,

es importante destacar que, tal y como prevé la Orden Procesal N.º 1, la aplicación de estas reglas tiene carácter orientativo y no vinculante, siendo, por consiguiente, de aplicación en todo caso voluntaria cuando no existan previsiones específicas al efecto en las Órdenes Procesales y demás normas"».

Continúa la Sala señalando que «por OP n.º 8 se inadmite "la impugnación de la prueba pericial consistente en el informe y ratificación del perito Sr. Guillermo pretendida por la Demandante en su escrito de cuestiones previas, en la medida en que con ello se pretende hacer ineficaz la mencionada prueba pericial de forma contraria a lo prescrito para esta pericia en el Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM, lo que ya intentó anteriormente instando la admisión de un contra informe pericial y que este Tribunal igualmente rechazó por el mismo motivo en la Orden Procesal N.º 6".

No admite, "para su unión a autos como más documental, los documentos relacionados en el escrito aportado por la Demandante, los mencionados como ANEXO CT1 BIS Y ANEXO CT6 por perseguir hacer ineficaz la prueba pericial mencionada en el apartado 2º anterior contrariando con ello lo dispuesto respecto de la prueba pericial en el Reglamento de la Corte de Arbitraje del ICAM lo acordado en la Orden Procesal N.º 6". "Dicha OP n.º 8 fue ratificada por la n.º 10". [FD 9º].

A continuación el Tribunal Autonómico recoge en su Sentencia el devenir de los sucesivos trámites del procedimiento. "Con fecha 3-4-2019 se celebró audiencia, con asistencia de las partes, con el objeto de que el perito Sr. Guillermo diese cuenta sobre la forma en que accedió a la información en la que basó su informe pericial. Recusado el perito por la parte demandada, fue inadmitida la recusación. Por OP n.º 24, entre otros acuerdos, resuelve el Tribunal arbitral: "a) Admitir los documentos identificados como CE 140, CD 142, CE 143, CD 144 Y CE 147, es decir, aquellos referidos al Ayuntamiento de Aznalcóllar y a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. b) Inadmitir los documentos identificados como CD 139, CD 141, CD 145, CD 146, CD 148, por no tener relación con el objeto del proceso arbitral; y el informe pericial CT-6 y la práctica pericial relativa al mismo, por consistir en una valoración de perito de parte de la documental que se aporta relativa al expediente del Ayuntamiento". Por OP n.º 30 se admitió prueba documental de la parte demandante. Tras diversos avatares, que impidieron la celebración de la Audiencia para la celebración de prueba, ésta se celebró los días 8 y 9 de julio de 2020. Por OP n.º 32 y 33, se acordó incorporar prueba documental aportada por ambas partes. Con fecha 28 julio 2020 las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones" [FD 9º]..

En la Sentencia se declara que "el examen de los citados hitos procedimentales, al margen de poner de manifiesto el tortuoso discurrir, motivado entre otras cosas por dos recusaciones del Tribunal arbitral y del perito, así como la incidencia de la primera etapa de la Covid-19, pone de evidencia que el Tribunal arbitral ha actuado con pleno respeto a los principios de defensa, proposición de prueba y su práctica, audiencia de las partes y contradicción" [FD 9º].

Se señala igualmente que "de las distintas comunicaciones de las partes, bien proponiendo prueba, al margen de la interesada en los respectivos escritos rectores de demanda y contestación, bien formulando alegaciones al respecto, se fue dando oportuno traslado para alegaciones a la contraparte" [FD 9º].

Así la Sala destaca que "el tribunal ha admitido de forma sustancial la prueba propuesta por las partes, con el resultado que obra en el procedimiento y cuya valoración corresponde en exclusiva al mismo, no pudiendo entrar esta Sala, tal como tiene señalado el Tribunal Constitucional en su doctrina más reciente" [FD 9º].

También que "ciertamente la parte más polémica sobre este aspecto, ha venido referida a la prueba pericial del Sr. Guillermo, respecto de la que la parte demandante intentó de forma contumaz impugnar, mediante la presentación de contra periciales documentadas, al margen de quedar sujeto el informe emitido a contradicción, en la oportuna Audiencia" [FD 9º].

"La desestimación de la documental aportada por la demandante, para impugnar dicha prueba pericial, fue resuelta por OP n.º 6, 8 y 10, en las que, de forma motivada, razonada y razonable, inadmite la prueba y ratifica en siguientes OP dicha inadmisión frente a las correspondientes impugnaciones de la parte demandante" [FD 9º].

Dice el Tribunal jurisdiccional que "cabe volver a traer a colación uno de los principios que ya apuntábamos en el fundamento anterior, en los que insistía la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: "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" [FD 9º].

Y continúa, "el derecho a la prueba en el procedimiento arbitral viene establecido en el art. 30 de la LA, que como pone de manifiesto la STC, no deriva del art. 24 CE, sino del marco normativo que rige dicho procedimiento arbitral, constituido por la Ley de Arbitraje, las normas de arbitraje internacional y en su caso la reglamentación de la Corte de Arbitraje a la que se someten las partes —en el caso presente el Reglamento de Arbitraje del ICAM, y fundamentalmente como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad que rige en el Arbitraje, por lo que las partes acuerden. Así se recoge en el art. 30.1 LA: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas..."[FD 9º].

Y con cita de la STC 17/2021, de 15 de febrero [no de 15 de marzo como se dice en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia], señala que "así lo reconoce la STC 15-3-2021, al establecer que el arbitraje, asentado en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), se ajusta a un parámetro propio, "que 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..."» [FD 9º].

Y concluye el examen de este motivo el Tribunal declarando que «en el caso presente no cabe duda de que las partes hicieron uso de su derecho a la proposición y práctica de prueba, y la que fue desestimada lo fue, como ya hemos señalado, de forma motivada, por lo que la parte afectada tuvo respuesta eficaz en derecho y que cabe considerarla suficiente, aunque no sea satisfactoria para la parte que ejercita la demanda de anulación que examinamos» [FD 9º].

«No apreciamos, por tanto, la alegada vulneración de principios, que configuran el motivo de anulación examinado, que, en definitiva, no constituye sino la mera constatación de la discrepancia de la parte demandante con la actuación procesal del Tribunal, que se ha desarrollado escrupulosamente dentro de los márgenes del procedimiento arbitral y de la autonomía que ostenta en su dirección y desarrollo, de acuerdo con lo previsto en el art. 25.2 y 30 LA». Desestimando el motivo [FD 9º].

VI. INCONGRUENCIA *EXTRA PETITA*

Ahora analiza la Sala el motivo de la incongruencia *extra petita* alterando el orden de los motivos.

Se expone en la Sentencia que «señala la parte demandante que los laudos dictados adolecen de incongruencia *extra petita*, "habida cuenta de que han venido a resolver sobre cuestiones que no fueron sometidas al procedimiento por las partes y entre ellas, la voluntad resolutoria en la demandada RMD del contrato de arrendamiento de industria, como tampoco los incumplimientos graves y esenciales que pudieran soportar lo anterior"». Según la Sala el motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones [FD 10º]:

«a) 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 de la LA establece que los laudos serán siempre motivados, sin perjuicio de lo que dispone el art. 36 LA [laudo por acuerdo entre las partes (8)]. Dicha motivación ha de existir, en los términos concretados por la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, no ser ilógica o arbitraria.

En relación con la incongruencia cabe apuntar el siguiente cuerpo de doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y referencias al Constitucional que en ellas se contienen, *que entendemos, por su tratamiento conceptual equivalente y racionalidad, trasladables a la resolución arbitrable*:

Señala la Sentencia 450/2016, de 1 de julio de 2016 "con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (Sentencia 173/2013 , de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutiva de las sentencias que deciden el pleito" (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)».

«Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una

sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre de 2014 RT 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Quedando excluida de la protección del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (STS de 29 de noviembre de 2010)».

«Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demanda, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS de 29 de septiembre de 2003, 21 de marzo 2007; 16 enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición pueda ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS de 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008). (Sentencia 232/2010, de 30 de abril de 2010)».

b) Lo anterior, no es óbice para que sí constituya una obligación para el árbitro resolver sobre lo que las partes someten a su decisión.

c) En el caso presente no se aprecia la denunciada incongruencia *extra petita*, en primer lugar, porque a la vista de lo resuelto por los laudos impugnados, singularmente el principal, se atiene a los pronunciamientos que de forma sucesiva y con carácter subsidiario, plantea la parte en su *petitum*.

Existe un pronunciamiento sobre las dos pretensiones principales de la parte demandante, una es que se declare la rescisión/resolución del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre las partes. Así lo hace el laudo, optando por la resolución al amparo del art. 1124 Cc.

Y también resuelve sobre la petición indemnizatoria solicitada por la parte demandante, de condena al pago de cinco millones de euros por la parte demandada, derivados del incumplimiento denunciado, si bien el pronunciamiento es desestimatorio o absolutorio para la demandada. Los pronunciamientos absolutorios, como ya hemos expuesto no incurren, en principio, en incongruencia.

La respuesta que da en derecho es congruente con el planteamiento y fundamento de la parte demandante, que solicitaba la rescisión/resolución del contrato por incumplimiento y a consecuencia de ello la indicada indemnización.

En segundo lugar, porque, aun cuando efectivamente no existe reconvención, expresa o tácita, de la parte demandada, imputando a la contraparte contractual el incumplimiento primero y sustancial de las obligaciones derivadas del contrato, lo anterior no sería necesario para que, con base en los incumplimientos aducidos por la parte demandante, fuera procedente en derecho la resolución.

Ello no obstante, el Tribunal arbitral, a la vista de la prueba practicada, lo que considera acreditado,

dentro de la función soberana que le incumbe de valoración probatoria, es que también la parte demandante incurrió en incumplimientos contractuales sustanciales, lo que le lleva a considerar que no sería procedente la concesión de una indemnización por incumplimiento a una parte y a otra no.

Dichos pronunciamientos son congruentes, aunque no sea satisfactorio para la parte, al menos en cuanto a la no concesión de la indemnización por perjuicios (prevista por las partes contractualmente en el propio contrato de arrendamiento de industria), con las pretensiones deducidas por la parte demandante [FD 10º].

Llama la atención que la parte demandante articule la incongruencia *extra petita* por la vía del motivo del art. 41.1º.f) LA, «que el laudo es contrario al orden público», cuando hay un motivo específico para denunciar esa posible infracción como es la del art. 41.1º.c) LA, «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión». Llama igualmente la atención que la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia como se recoge más arriba, declare que «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», y que «en relación con la incongruencia cabe apuntar el siguiente cuerpo de doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y referencias al Constitucional que en ellas se contienen, que entendemos, por su tratamiento conceptual equivalente y racionalidad, trasladables a la resolución arbitrable»; además de que no haya manifestado que la parte demandante en la acción de anulación había elegido una vía errónea para denunciar dicha posible infracción.

Como es sabido, la incongruencia del laudo (9) es la falta de correlación entre el fallo del laudo y las peticiones de las partes, deducidas oportunamente en el procedimiento arbitral, en el marco del convenio arbitral que originó éste. Así, tiene lugar cuando los árbitros resuelven cuestiones que no han sido sometidas a su decisión, y es uno de los motivos de anulación del laudo arbitral, «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión» [art. 41.1º.c) LA], como ya se ha dicho más arriba.

En principio, podemos afirmar que los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre todas y sólo las cuestiones sometidas a su decisión. Es decir, ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia, que puede precisarse en el convenio, en acuerdos posteriores o en los propios escritos de alegaciones de las partes, siempre dentro de los márgenes señalados en el convenio arbitral. La propia Exposición de Motivos de la LA señala que «la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva». No obstante, la anterior afirmación de que ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia, no significa que la congruencia en el arbitraje tenga un contenido idéntico a la congruencia procesal, por dos razones: la primera es que el proceso de anulación del laudo tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función y de ahí que, como se ve más adelante, la incongruencia negativa no deba ser contemplada dentro del motivo de anulación de «haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas a su decisión»; la segunda, que la función pacificadora de los árbitros permite dotar a su función decisoria de una mayor elasticidad, lo que supone un menor

encorsetamiento de la potestad arbitral, así, por ejemplo, SSTS de 25 de octubre de 1982 (10) y de 17 de marzo de 1988 (11) .

En desarrollo de la primera de las razones expuestas, conviene tener en cuenta la posible aplicación de los tipos de incongruencia procesal a la institución arbitral. La noción de incongruencia positiva (o *suprapetita*) es perfectamente adaptable al arbitraje y, además, el laudo podrá ser objeto de impugnación por este motivo. Es más, pudiera parecer, en principio, que es el único tipo de incongruencia admitido por el legislador como causa de impugnación de los laudos.

Mucho más problemática, en cambio, es la llamada incongruencia negativa (o *infrapetita*), pues, si bien los árbitros están obligados a resolver todos los puntos que les fueron sometidos a su decisión, no es posible alegar la falta de pronunciamiento como motivo de nulidad, al amparo del art. 41.1º.c) LA. En contra, se puede citar la insólita SAP Barcelona 15ª, n.º 519/2006, de 8 de noviembre.

Por su parte, la incongruencia mixta (o *extrapetita*), que es el caso que nos ocupa, sí es denunciable al amparo del motivo del art. 41.1º.c) LA, en tanto y en cuanto, este tipo de incongruencia supone normalmente una combinación de los dos tipos de incongruencia antes descritos. Es decir, si los árbitros deciden cuestiones distintas a las que les han sido sometidas están, de un lado, dejando de resolver cuestiones sometidas generalmente (incongruencia negativa) y resolviendo cuestiones no sometidas (incongruencia positiva).

Hay que tener en cuenta que la LA no exige específicamente, como sí lo hace la LEC en el art. 218.1º, que los árbitros se pronuncien sobre todos los puntos sometidos a su decisión. No obstante, del art. 21.1º LA —según el cual, la aceptación obliga a los árbitros «a cumplir fielmente su encargo»—, del art. 37.4º LA —«el laudo deberá ser motivado»— y, sobre todo, del art. 39.1º.c) LA —acerca de la posibilidad de que las partes pidan el «complemento» del laudo— puede deducirse que los árbitros deben pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas.

En suma, mediante el motivo del art. 41.1º.c) LA se puede denunciar lo que se ha denominado «incongruencia arbitral», cuya extensión no coincide con la procesal, y ello porque el único fundamento de la congruencia arbitral radica en el principio dispositivo, sin que quepa aquí traer a colación el denominado principio de exhaustividad de la sentencia. Por lo tanto, el laudo podrá ser anulado (total o parcialmente) si los árbitros hubieran resuelto puntos no sometidos a su decisión, o por haber resuelto puntos distintos a los sometidos (incongruencia positiva y mixta, respectivamente). No entra, en cambio, como ha quedado dicho, dentro del motivo de la incongruencia arbitral el fenómeno de la llamada incongruencia «negativa» por falta de pronunciamiento, ni tampoco podrá la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, pronunciarse sobre puntos no resueltos.

VII. FALTA DE MOTIVACIÓN

El cuarto motivo de la acción de anulación que se invoca es la falta de motivación.

Como se recoge en la Sentencia «considera la parte demandante que los laudos dictados lo han sido

en la más absoluta arbitrariedad, ya que carecen de la más mínima argumentación, como también de valoración probatoria alguna del vasto acervo probatorio existente en el procedimiento arbitral» [FD 11º].

La Sala del Tribunal Superior de Justicia declara que cabe hacer las siguientes consideraciones:

«a) En cuanto a la alegación de la insuficiente motivación, la STC de 15 marzo 2021 [*sic*, es la STC 17/2021, de 15 de febrero], le dedica un fundamento específico, del que cabe reproducir la siguiente doctrina: "...el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4º así lo exige. El modo en que dicha norma arbitral está redactada se asemeja a la exigencia del art. 120.3º CE respecto a las resoluciones judiciales y, a primera vista, pudiera causar cierta confusión, haciendo pensar que tal deber de motivación del laudo está constitucionalmente garantizado. Sin embargo, la norma constitucional relativa a la necesaria motivación de las sentencias y su colocación sistemática expresa la relación de vinculación del juez con la ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución. Expresa también el derecho del justiciable y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario (así, por ejemplo, STC 262/2015, de 14 de diciembre, FJ3).

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 legal de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Por lo demás, que el art. 37.4º LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado (...)", no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha cumplido 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 (STS [*sic*, es del Tribunal Constitucional] 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 les corresponde, al igual que pactan las normas arbitrales, el número de árbitros, la naturaleza del arbitraje o las reglas de pruebas, 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 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» [FD 11º].

Como se ha dicho, tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24 CE, sin embargo, para las resoluciones arbitrales , dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4º LA, con la salvedad del art. 36 LA. Lo cual tiene una consecuencia muy importante a los efectos de articular la posible infracción de la motivación como causa de la acción de anulación. Y es que como ya mantuve hace más de treinta años (12) , dicha infracción sería denunciable al amparo del art. 45.2º LA de 1988, quebrantamiento de las formalidades del laudo, «cuando en... el desarrollo de la actuación arbitral no se han observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley», en lo que me reafirmé hace 16 años con la ya vigente LA (13) , dado que sería denunciable al amparo del art. 41.1º.d) LA «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o, a falta de dicho acuerdo, que nos han ajustado a dicha ley», es decir, defectos en el procedimiento arbitral, en concreto en el laudo, que es por donde debería haber articulado la parte demandante su impugnación y no por infracción del orden público.

Y la Sala señala que «atendida la transpuesta doctrina [relativa a la motivación del laudo], el examen del laudo impugnado, a través de su simple lectura, revela que cumple, en los términos expuestos, el deber de motivación suficiente.

Sin duda puede calificarse de laxa la motivación que sobre la apreciación de la prueba se contiene en el Laudo, pero no inexistente, desde el momento en que el fundamente de la resolución que contiene el laudo principal, basado en el mutuo disenso, que a su vez lo basa el Tribunal arbitral en los continuos y sustanciales incumplimientos de ambas partes contractuales, radica en el examen de las manifestaciones de las propias partes, que se recoge *in extenso* en el apartado del FD IV del Laudo principal, que damos por reproducido» [FD 11º].

Y concluye el Tribunal, sobre esta cuestión, afirmando que «la motivación, en estos términos señalados debe considerarse suficiente a la vista de la ya expuesta doctrina del Tribunal Constitucional» [FD 11º].

Debería sea ahora b) aunque la Sentencia no lo dice. «Por otra parte y en cuanto a la valoración de la prueba, aun cuando ciertamente no existe una concreción particularizada de la misma, a excepción de la referencia a las manifestaciones de las partes, como decimos, el Tribunal sí expone y puede ser conocida por las partes, cuál ha sido la que ha determinado la convicción decisoria que se plasma en

la parte resolutoria del Laudo.

Hay que insistir, una vez más, en que conforme a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: Por lo demás, que el art. 37.4º LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado...", no significa que el árbitro... deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos...».

Y la Sala declara que «en el caso presente sí cumple con dicha indicación, aunque discrepe de ello la parte demandante» [FD 11º].

Asimismo, recoge que «el tribunal arbitral, por otra parte, expone de forma razonada su decisión, que desarrolla a través de un esquema que se revela lógico, desde el punto de vista técnico y normativo, como es el examen de la primera pretensión de la parte demandante: rescisión/resolución por incumplimiento contractual de la parte demandada, y 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 a traer causa del incumplimiento contractual exclusivamente imputable a la otra parte contratante, sino que es también imputable a la propia actuación de la demandante por lo que no cabe exigir sólo de una parte incumplidora las consecuencias perjudiciales y su correspondiente traducción pecuniaria.

Dichas conclusiones tienen su apoyo y así se explicita como puesto de relieve a lo largo de nuestra resolución, en nuestra valoración de la prueba que ha admitido, practicado y que ha considerado la idónea, de lo que deja expresión concreta en el Laudo, para sustentar su decisión» [FD 11º].

Y se añade en la Sentencia que «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 e 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 con 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» [FD 11º].

Y finaliza declarando que «procede, en consecuencia, desestimar el motivo de nulidad invocado» [FD 11º].

VIII. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

El siguiente motivo que se alega es la vulneración del orden público.

La Sala señala que «debemos traer a colación aquí, nuevamente, dando por reproducido, lo ya expuesto en nuestro fundamento jurídico sexto, sobre el concepto de orden público y su alcance, a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional.

Atendido el alcance y función revisora que otorga esta Sala al 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» [FD 12º].

Y prosigue el Tribunal autonómico que «por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público.

El Tribunal arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al arbitraje acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución.

El Tribunal arbitral 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 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 o no por el Tribunal arbitral, ni el acierto o desacierto jurídico que, como conclusiones y resolución se establece en el laudo [FD 12º].

Así, la Sala de lo Civil y lo Penal destaca que «la respuesta dada por el Tribunal, 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, como ya hemos señalado en el fundamento precedente, por lo que debe ser refrendada por esta Sala, en el ámbito del procedimiento en que nos encontramos» [FD 12º].

«En definitiva y como señala la STC de 15 de marzo [*sic*, febrero] de 2021, "...excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica o irracional; cuando se haya infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes o, simplemente, porque de haber sido sometidas la controversia a su vulneración, hubiera llegado a otras bien diferentes"» [FD 12º].

Y concluye este motivo exponiendo la Sala que «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, incluso fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan por esta Sala, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos si la cuestión se hubiera sometido de forma plena a su conocimiento, por lo que resulta procedente su confirmación» [FD 12º].

IX. INFRACCIÓN DEL DEBER DE IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS, VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y RESTO DE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO, TANTO POR LOS ÁRBITROS COMO POR LA INSTITUCIÓN ADMINISTRADORA DEL ARBITRAJE

El último motivo de anulación hace referencia a «infracción del deber de imparcialidad de los árbitros. Vulneración de la tutela judicial efectiva y resto de principios básicos del derecho, tanto por los árbitros como por la institución administradora del arbitraje» [FD 13º].

La Sala desestima el motivo con base en el examen de las alegaciones de la parte demandante y del desarrollo del procedimiento arbitral.

Se recoge en la Sentencia que «el motivo se desarrolla sustancialmente a través de citas de resoluciones y normativa de distinta índole, incluidas normas de deontología, que tienen un mero alcance general, pero sin descender, en realidad al caso presente, poniendo de evidencia cuáles pueden ser las circunstancias en que basa la denuncia de falta de imparcialidad el Tribunal arbitral y de la Corte. Prueba de ello es la manifestación, que, finalizado el motivo, expone:

"En consecuencia, y siempre con los debidos respetos, ignorar aquella Ley procesal para, por otro lado, improvisar soluciones pintorescas, dicho sea en estrictos términos de defensa, no resulta aceptable ni tolerable, menos aun cuando esas improvisaciones conllevan la conculcación de derechos fundamentales de mi representada, y que evidencian la falta de imparcialidad —ya se ha dicho antes— tanto por parte de todos los árbitros que han integrado los dos Tribunales arbitrales, como de la propia Corte de Arbitraje del ICAM y los miembros de su Pleno"» [FD 12º].

La Sala de lo Civil y lo Penal declara que «su lectura a modo de corolario del motivo que examinamos, lo que pone de relieve es la discrepancia de la parte con la resolución dictada, con cuyo resultado no está de acuerdo, pero no evidencia y mucho menos acredita la denunciada falta de imparcialidad denunciada» [FD 12º].

A continuación expone que «hay que recordar que la parte demandante recusó por dos veces al Tribunal arbitral, motivando que, en relación al primero, se apartara el Sr. Presidente, designándose otro».

Las recusaciones fueron vistas por el Pleno de la Corte Arbitral del ICAM, resolviendo en ambos casos en sentido negativo a la pretensión actora.

Dicho resultado no puede ser tachado de imparcial y tampoco se apuntan móviles espurios que hubieran movido a todo el Pleno de la Corte Arbitral a fallar contra el demandante.

En definitiva, la desestimación del motivo deriva de la falta absoluta de prueba al respecto» [FD 13º].

Por último, en relación a este motivo, la Sala señala que «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 de un principio de pruebe lo suficientemente sólido, que permita hacer nacer una duda razonable de la imparcialidad del árbitro, lo que no ocurre en el caso presente, máxime cuando estaríamos hablando de todo un contubernio, 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» [FD 13º].

X. FALLO

La Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima la demanda ejercitando la acción de anulación.

XI. COSTAS

Según la Sentencia, «La desestimación de la demanda determina, conforme al art. 394.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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» [FD 14º].

XII. INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS

La Sala declara que «Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2º LA».

(1) Roj: STSJ M 3549/2022 — ECLI:ES:TSJM:2022:3549.

Ver Texto

(2) Sobre esta Sentencia puede verse J.C. Fernández Rozas, «El TSJ de Madrid consolida su doctrina en orden a la anulación de laudos arbitrales a través de una modélica y didáctica decisión (STSJ Madrid 1ª 24 marzo 2022)», en *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, del 5 de mayo de 2022, que puede consultarse en https://fernandezrozas.com/2022/05/05/el-tsj-de-madrid-consolida-su-doctrina-en-orden-a-la-anulacion-de-laudos-arbitrales-a-traves-de-una-modelica-y-didactica-decision-stsj-madrid-1a-24-marzo-2022/.

Ver Texto

(3) Téngase en cuenta que todas las negritas son de la propia Sentencia comentada.

Ver Texto

(4) No es la STC 259/1993, de 23 de julio, ya que es de 20 de julio, pero sobre todo porque se refiere a un asunto penal. Es el ATC 259/1993, de 20 de julio, cuyo asunto era relativo a una anulación de un laudo arbitral.

Ver Texto

(5) Sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional puede verse R. Hinojosa Segovia, «Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. El Tribunal Constitucional se pronuncia de nuevo concretando el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 96, marzo-abril 2021, pp. 74-80, Asimismo, «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», en *LA LEY: Mediación y Arbitraje, Especial monográfico, Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional*, n.º 6, 1 abril de 2021, pp. 120-126, y en *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, CIMA , Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145-150.

Ver Texto

(6) Sobre esta STC puede verse R. Hinojosa Segovia, «Comentario a la STC 46/2020, de 15 de junio. El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales», en *El Notario del Siglo XXI. Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, n.º 93, septiembre-octubre 2020, pp. 56-63.

Ver Texto

(7) Adviértase que al art. 86 ter-1-1º se le ha dado nueva redacción por la LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, al pasar ahora a ser el art. 86.ter.2.1ª LOPJ que establece: «En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1.ª Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores». No obstante, ser la reforma de este año 2022 no está casada con la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en la que ya no se habla de «los procesos sobre capacidad», sino de «los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» (Libro IV, Título I, arts. 756-763 LEC).

Ver Texto

(8) Según el art. 37.4º LA •«el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».

Ver Texto

(9) Puede verse R. Hinojosa Segovia, la voz «Incongruencia del laudo», en *Arbitraje. Enciclopedia de Arbitraje*, Segunda Parte, [Director J.L. Collantes González], Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2018, pp. 60-62.

Ver Texto

(10) RA 5573.

Ver Texto

(11) RA 7584.

Ver Texto

(12) *Vid.*. R. Hinojosa Segovia, *Recurso de Anulación contra los laudos arbitrales. Estudio jurisprudencial*. Edersa, Madrid, 1991, pp. 322-323.

Ver Texto

(13) *Vid.*. R. Hinojosa Segovia, «Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Coordinadores A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons , Madrid-Barcelona, 2006, p. 542.

Ver Texto

El Tribunal Supremo confirma el efecto de cosa juzgada del laudo

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022

Spanish Supreme Court confirms the res judicata effect of the award

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2022 considera que no debe aceptarse que el laudo no produce, en este caso, efectos de cosa juzgada, no porque la decisión del árbitro, cuando se la confronta con una decisión judicial, no pueda producir dichos efectos por sí sola, sino porque no concurre uno de los requisitos necesarios para que aparezcan los efectos de cosa juzgada: la causa de pedir en el procedimiento arbitral y el judicial no es la misma.

Arbitraje, laudo arbitral, efectos de cosa juzgada

The Judgment of the Supreme Court of 27 April 2022 considers that it should not be accepted that the award does not produce, in this case, the effects of res judicata, not because the arbitrator's decision, when confronted with a judicial decision, cannot produce such effects on its own, but because one of the necessary requirements for the effects of res judicata to appear is not met: the cause of action in the arbitration proceedings and in the judicial proceedings is not the same.

Arbitration, arbitral award, res judicata effects, res judicata effects

Francisco G. Prol Pérez

Abogado y árbitro internacional

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de las ventajas del procedimiento arbitral como forma de solución de disputas entre las partes, se mencionan habitualmente una serie de características de dicho procedimiento, que le hacen especialmente atractivo (rapidez, flexibilidad, especialización, etc.). Sin embargo, parece hacerse menos hincapié, y no por ello deja de ser una ventaja esencial del arbitraje, en el hecho de que el laudo, dando efectividad al procedimiento en cuyo seno ha sido dictado, evita el conocimiento de un litigio cuyas características (igualdad de partes, mismo objeto y misma causa de pedir) coinciden con aquellas que se pueden encontrar en un procedimiento anterior, ya decidido

mediante decisión firme. Igualmente, vincula al tribunal de un proceso ulterior, entre las mismas partes y con el mismo objeto a estar a lo ya decidido en el primer procedimiento en el que las partes ventilaron sus diferencias. Es decir, el laudo, por imperativo legal (art. 43 de la vigente Ley de Arbitraje —LA—) tiene efecto de cosa juzgada, lo que implica que los mismos litigantes no podrán renovar sus pretensiones en un procedimiento posterior ante el mismo tribunal u otro diferente siempre que el primer procedimiento, en el que ya resolvieron sus disputas, haya terminado mediante una decisión firme.

La cosa juzgada se constituye así, como una de las más importantes columnas en las que se asienta la efectividad del laudo, de forma que la decisión del árbitro, plasmada en el mismo, evita una nueva discusión entre los mismos contendientes en relación al objeto, sobre el que ha versado dicha decisión.

Parece existir una cierta unanimidad en la doctrina al considerar que, en punto a efectividad, la única diferencia entre el la sentencia judicial y el laudo es que la primera es susceptible de ejecución por el propio juez que la dicta, mientras que la legislación española no concede tal *imperium* al árbitro.

Como es natural, el instituto de la cosa juzgada ha sido más estudiado en relación con los efectos de este tipo que produce la sentencia judicial, que los que produce el laudo. En términos generales la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario, STS 1764/2022 de 27 de abril de 2022, Sala 1ª (de aquí en adelante «la Sentencia»), define (1) la cosa juzgada material (2) como:

> *«el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto».*

Igualmente, la Sentencia requiere, para que se pueda dar el efecto de cosa juzgada, que se cumplan los siguientes requisitos: «*En principio, y sin perjuicio de las consecuencias de la preclusión de alegaciones del art. 400 LEC, la cosa juzgada material negativa exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir*» (lo que algunos autores han venido denominando el «sistema trinitario»).

La eficacia de la cosa juzgada, que se proyecta hacia procesos distintos de aquél en que la sentencia se dictó, puede ser doble: por un lado, *negativa o excluyente*, excluyendo cuanto antes un segundo proceso con el mismo objeto ya decidido mediante sentencia firme en un proceso anterior (art. 222.1º LEC). Por otro lado, *positiva o prejudicial*, vinculando al tribunal de un proceso ulterior entre las mismas partes con objeto conexo, a estar a lo ya decidido si constituye un antecedente o presupuesto lógico de lo que haya de resolverse (art. 222.4º LEC) (3) .

Por otro lado que los efectos de cosa juzgada que genera una sentencia judicial y los producidos por un laudo son equiparables, no parece tener demasiada discusión. La STS 23 de junio de 2010 (4) , en

su FD 4º, propugna «la absoluta identidad entre laudos y Sentencias a efectos de cosa juzgada» ya que «la actuación del árbitro tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional (5) y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional».

Tanto la definición como los requisitos exigidos en los párrafos anteriores (y que se refieren a las sentencias judiciales) son aplicables a la cosa juzgada y a los efectos que puede producir el laudo, sin ningún tipo de limitación porque éste sea una decisión tomada en un procedimiento arbitral, en lugar de en sede judicial.

Se ha de llegar, pues, a una primera conclusión, cual es; el laudo produce los mismos efectos de cosa juzgada (tanto en su vertiente negativa como en la positiva —antes vistas—), debiéndose dar a estos efectos el carácter de cosa juzgada plena, en los mismos términos que el artículo 222.1º y 222.4º LEC atribuye a las sentencias judiciales.

II. LA COSA JUZGADA Y EL ARBITRAJE

Como antes se ha apuntado, el art. 43 LA concede al laudo el poder generador de los efectos de la cosa juzgada. La LA utiliza para atribuir tales efectos una escueta y contundente afirmación; «El laudo produce efectos de cosa juzgada ...».

Así pues, al verse protegida la efectividad del laudo por el efecto de cosa juzgada que la ley aplicable atribuye al mismo, se diferencia el procedimiento arbitral de otros sistemas de solución alternativa de conflictos, como la mediación, en los que las partes deben conformarse con una decisión (en el caso de la mediación, tomada de común acuerdo) cuya fuerza ejecutiva dista de ser plena, ya que en caso de incumplimiento de lo acordado entre las partes, no existe la posibilidad de ejecutar el acuerdo tomado, lo que implica la posibilidad de volver a discutir el mismo problema en otro procedimiento distinto (judicial o arbitral).

Hay sin embargo algunas situaciones, propias del procedimiento arbitral, que conviene examinar, para tener una visión más amplia de lo que representa la cosa juzgada para el arbitraje.

Nos encontramos, en primer lugar, con la necesidad de determinar cuándo se producen los efectos de cosa juzgada del laudo. La determinación del *dies a quo* reviste una importancia fundamental pues se necesita saber, sin ningún género de dudas, cuando un laudo puede producir los efectos de cosa juzgada, que le son inherentes, sin miedo a que por haberse dictado un laudo, que con posterioridad es declarado nulo, se haya impedido la prosecución de otro procedimiento posterior a aquel en el que se dictó el ludo anulado.

Para dilucidar cuando se puede fijar el *dies a quo*, el art. 43 LA no nos ayuda en demasía . En efecto, dicho artículo no contiene ninguna «pista» sobre cuando surgen esos efectos que atribuye al laudo.

La doctrina ha manifestado dos teorías respecto a cuándo se puede fijar el *dies a quo*. Para algunos autores, el laudo es firme desde que se dicta (6) . Por el contrario, otros sostienen que el laudo adquiere firmeza cuando las partes dejan transcurrir el plazo legalmente previsto sin ejercitar la

acción de anulación o cuando dicha acción es desestimada (7) .

Existe entre las dos posiciones doctrinales una diferencia fundamental: para los que sostienen la primera teoría, el laudo tiene eficacia de cosa juzgada desde el momento en el que se dicta, independientemente de que contra el mismo aún sea posible ejercitar la acción de anulación o de que dicha acción se haya efectivamente ejercitado. Para los partidarios de la segunda teoría, el laudo carece de eficacia de cosa juzgada, mientras sea posible ejecutar la acción de anulación o esté pendiente el procedimiento de anulación del laudo.

Nos encontramos así con dos tipos de laudo; el laudo definitivo y el laudo firme. La LA se refiere (8) tanto a los laudos definitivos (9) , como a los firmes (10) . Pero en ninguna de estas menciones se da definición alguna de cual es relevante a los efectos de producción de eficacia de cosa juzgada del laudo.

Parece, pues, necesario sostener que el laudo *definitivo* es aquél que resuelve definitivamente la controversia sometida a arbitraje y pone fin al procedimiento arbitral, cesando los árbitros en sus funciones.

Por otro lado, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo definitivo, cualquiera de las partes puede solicitar (11) su nulidad con base en alguno de los motivos tasados en el art. 41.1º LA. Si las partes dejan transcurrir dicho plazo sin ejercitar la acción de anulación o si ejercitada, ésta es desestimada, el laudo *definitivo* deviene *firme.*

Hemos de acudir a ver cuáles son los medios de contestación de lo dispuesto en el laudo y así, mientras que contra el laudo definitivo puede ejercitarse la acción de anulación, frente al laudo firme sólo cabe interponer el recurso extraordinario de revisión (12) . Se entiende, entonces, que el laudo definitivo es aquél contra el que cabe algún recurso, mientras que el laudo es firme si no se concede recurso alguno contra él o, concediéndose, transcurre el plazo previsto para recurrir sin haberlo impugnado.

Se ha de llegar, pues, a la conclusión de que el laudo definitivo no genera los efectos de cosa juzgada (por estar pendiente del ejercicio de la acción de nulidad), mientras que el firme, por el contrario, sí está revestido de dichos efectos, pues ya no es susceptible de ser contestado más que a través del recurso extraordinario de revisión.

Se debe mencionar, en relación con la generación de efectos de cosa juzgada del laudo, que el Expositivo IX, de la Exposición de Motivos de la LA), relativo a la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación, expone que la LA opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación y así, el art. 45 LA concede a las partes la posibilidad de ejecutar inmediatamente el laudo, aunque se haya interpuesto la acción de nulidad del mismo.

La ejecutividad del *laudo no firme* se ve matizada por la facultad del ejecutado de obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las

costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución.

Esta posibilidad de que el ejecutado preste caución, a cambio de impedir la ejecución inmediata del laudo, ha llevado a algunos autores (13) a calificar el laudo como un título de «peor condición» que la sentencia judicial, ya que en el caso de ejecución de este tipo de decisiones no es necesaria la prestación de ninguna caución para que se pueda proceder a la ejecución inmediata de la misma.

Así pues, si se concluye que sólo produce efectos de cosa juzgada el laudo que devenga firme, bien porque haya transcurrido el plazo de dos meses desde su notificación sin que nadie haya ejercitado contra él la acción de anulación, bien porque pese a intentarse, ésta no haya prosperado, puede darse un supuesto que podría afectar negativamente a la seguridad jurídica, cuyo aseguramiento es uno de los fines perseguidos por la cosa juzgada.

En el supuesto de que, dictado un laudo e interpuesta la acción de nulidad (sin que ésta haya sido objeto de estimación por el tribunal competente), se iniciara otro procedimiento (tanto arbitral como jurisdiccional), en el que pudiera ser alegada la excepción de cosa juzgada, ésta no produciría los efectos que le son propios, ya que estaríamos ante un laudo «definitivo» (puesto que ya ha sido dictado), al que, como se ha apuntado antes, no se le pueden reconocer los efectos propios de la cosa juzgada y no ante un laudo «firme» (carácter que tendría si se hubiese desestimado la acción de nulidad interpuesta), que, éste sí, seria susceptible de generar los efectos que le son propios al instituto de cosa juzgada.

La única solución aceptable a este problema, si se quiere alcanzar uno de los objetivos más relevantes que se buscan con la cosa juzgada, cual es evitar que se dicten resoluciones contradictorias en asuntos prejudicialmente conexos, parece ser la suspensión del segundo proceso, hasta la resolución de la acción de anulación del laudo, momento éste en el que el laudo del primer procedimiento deviene firme y, por tanto, susceptible de generar efectos de cosa juzgada.

En segundo lugar, parece conveniente mencionar, siquiera sea brevemente, algunas especialidades, en lo relativo a la interpretación de la naturaleza y efectos de la cosa juzgada, que, en el seno de arbitrajes internacionales, se pueden observar en países donde se llevan numerosos procedimientos arbitrales, que revisten el carácter de internacionales.

Así, por ejemplo, en punto a la extensión de los efectos de la cosa juzgada, en los países de *common law* el efecto de cosa juzgada impide el volver a litigar no sólo sobre las pretensiones que se han instado en un determinado procedimiento, sino también sobre los hechos y fundamentos jurídicos que se han puesto de manifiesto en el mismo. El fin que se persigue en estos países con esta aproximación a la cosa juzgada es lograr la economía procesal y la eficiencia del procedimiento e intentar evitar decisiones contradictorias.

Por el contrario en los países de *civil law* la cosa juzgada normalmente está limitada a impedir que se vuelva a litigar sobre las pretensiones de las partes y no tanto sobre los hechos o fundamentos legales.

Por lo que atañe a los efectos de la cosa juzgada, en tanto que muchos países de *civil law*, de carácter formalista, limitan el efecto de la cosa juzgada a la parte dispositiva de la sentencia, en los países de *common law* se extiende el referido efecto a los fundamentos de derecho esenciales que hayan dado lugar a la decisión sobre la que se quiere imponer los efectos de cosa juzgada (14) .

Esta práctica de extender los efectos de cosa juzgada a los fundamentos jurídicos de las decisiones, que se han empleado en justificar el laudo, puede llevar a resultados que no fueron queridos por las partes, pero es un principio respetado en los países de *common law*.

El momento en el que un laudo produce efectos de cosa juzgada varía entre los distintos países. En Inglaterra una decisión produce efectos de cosa juzgada cuando entra en vigor. En los Estados Unidos y Francia se considera que una decisión tiene el efecto de cosa juzgada cuándo es dictada. El sistema suizo (que coincide con el régimen antes visto aplicable al derecho español) el laudo produce efectos de cosa juzgada cuando no puede ser recurrido de ninguna forma.

También en la apreciación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la producción de efecto de cosa juzgada existen diferencias entre países de *common law* y de *civil law*. Tal vez una de las diferencias más importantes entre ambas culturas jurídicas es que el juez o árbitro de *common law* puede llegar a la conclusión de que realmente existe una identidad de partes cuando la parte que inicia el segundo procedimiento tiene una gran «conexidad» o vínculo con la parte que intervino en el primer procedimiento (aunque no exista una identidad absoluta entre ellas). En estos casos, en los que no hay una coincidencia perfecta entre las partes se debe prestar especial atención a la fortaleza del vínculo que une a las partes, para evitar que por el mero hecho de pertenecer al mismo grupo, aunque tengan una cierta autonomía de gestión, pueden ser consideradas como una parte coincidente con la que actuó en el primer pleito.

Por último, y en relación con la necesaria coincidencia de objeto, en los países de *common law* la cosa juzgada puede afectar no solo a las pretensiones pedidas al principio del procedimiento sino también aquellas que «potencialmente» podían haberse presentado y no lo fueron.

Lo anteriormente expuesto relativo al arbitraje internacional y a la diferente interpretación que se le da en otros países a la cosa juzgada, se pone como ejemplo de las diferencias entre estos dos sistemas jurídicos, sin ninguna pretensión de mostrar todas las diferencias que pudiesen existir entre los regímenes legales de los diferentes países pertenecientes a ambas culturas jurídicas.

III. SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2022

1. Antecedentes

A pesar de la rotundidad con la que la legislación concede al laudo los efectos de la cosa juzgada, ha existido siempre un sentimiento de inquietud entre los participantes en procedimientos arbitrales, relativa a si la jurisprudencia iba a aceptar con igual rotundidad la producción por el laudo de efectos de cosa juzgada, en casos en que el segundo procedimiento se ventilaba en la jurisdicción civil.

Nada más lejos de mi intención que, ni tan siquiera, insinuar que los Tribunales de Justicia no

aceptan lo dispuesto en el art. 43 LA y escatiman al laudo la generación y alcance de los efectos de cosa juzgada. Pero sí es cierto que existía un cierto desasosiego ante la posibilidad de que los tribunales competentes limitasen la producción de efectos de cosa juzgada por los laudos arbitrales.

Esta situación de zozobra se debía quizás a que durante algún tiempo (especialmente a partir de 2015) los tribunales judiciales, que han decidido sobre temas arbitrales, han seguido una tendencia que es difícil calificar como *in favor arbitri*. Y es aquí donde adquiere especial importancia la Sentencia, que es objeto de estos comentarios.

> La presente Sentencia protege la efectividad del laudo, considerando las pretensiones de quien inició el pleito civil, no como meramente declarativas, sino el paso necesario para que los pronunciamientos de condena que contiene el laudo puedan servir al cumplimiento de la decisión del árbitro

Como veremos tras el *iter* procesal de la Sentencia, el Tribunal Supremo reconoce, sin asomo de dudas , que el laudo produce efectos de cosa juzgada y consagra la igualdad entre la cosa juzgada que genera una sentencia judicial y la que emana del laudo arbitral.

- Primera instancia. La demanda de Primera Instancia contiene una serie de peticiones declarativas y de condena sobre la transmisión de determinadas acciones. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar la existencia de cosa juzgada.
- Segunda instancia. En un primer momento, la Audiencia Provincial de Madrid aprecia inadecuación del procedimiento, desestimando el recurso de apelación interpuesto.
- Recurso extraordinario por infracción procesal. Frente a esta sentencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por la parte apelante que fue estimada por STS dictada el 23 de mayo de 2019, que no acepta la inadecuación del procedimiento y remite los autos a la Audiencia Provincial, para que resuelva sobre el fondo del asunto. En esta segunda oportunidad la Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación, admitiendo las peticiones de los recurrentes que hicieron en primera instancia (en relación con la transmisión de acciones).

2. Recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación

Contra esta sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El resumen de los motivos de los mencionados recursos (en lo que respecta a la discusión sobre la existencia de cosa juzgada, que es el tema que nos interesa) es el siguiente:

Por infracción procesal

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción del artículo 222.1 LEC (al que remite el art. 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), puesto que, al haberse dictado el Laudo en un arbitraje de equidad y contener pronunciamientos decisorios que nunca podrían haber sido pedidos ni obtenidos en Derecho, la sentencia no debió desconocer la eficacia negativa de la cosa juzgada, en orden a preservar el acceso de los demandantes a la jurisdicción, sino estimar dicha excepción.

Subsidiariamente, al amparo del art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción del artículo 222.1 LEC (al que remite el art. 37 de la vigente Ley de Arbitraje), porque, al haberse ejercitado en la demanda una pretensión mero-declarativa coincidente con el objeto del previo arbitraje, y ser esa el presupuesto de las adicionales pretensiones de condena, la sentencia debió estimar la excepción de cosa juzgada negativa.

Subsidiariamente, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 222.4 LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 301/2004, de 22 de abril, y 526/2013, de 6 de septiembre), pues, por haber mutado sustancialmente los hechos que sirvieron de fundamento al Laudo, desaparece la vinculación del tribunal que ha de dictar la segunda resolución.

Subsidiariamente, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 222.4 LEC, porque, al no respetar la simultaneidad entre la partición de la herencia de la madre común y la efectividad de las permutas de las acciones, el fallo de la sentencia recurrida es contradictorio con lo dispuesto en el Laudo».

Casación

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, se denuncia infracción por inaplicación del artículo 518 LEC, pues la sentencia no tiene en cuenta que, al tiempo de interponerse la demanda, había transcurrido el plazo de caducidad de cinco años establecido para la acción ejecutiva fundada en una resolución arbitral».

«Subsidiariamente, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 222.4 LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 301/2004, de 22 de abril, y 526/2013, de 6 de septiembre), pues, por haber mutado sustancialmente los hechos que sirvieron de fundamento al Laudo, desaparece la vinculación del tribunal que ha de dictar la segunda resolución».

«Subsidiariamente, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 222.4 LEC, porque, al no respetar la simultaneidad entre la partición de la herencia de la madre común y la efectividad de las permutas de las acciones, el fallo de la Sentencia recurrida es contradictorio con lo dispuesto en el Laudo».

En los Fundamentos de la Sentencia el TS estudia los motivos antes expuestos y procede a explicar

su decisión. Así, el TS comienza por manifestar que no hay inadecuación del procedimiento, al recurrir ante la Audiencia Provincial una sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia que contempla la declaración de cosa juzgada.

El TS concede a los recurrentes el derecho a hacer valer, en la jurisdicción civil, las alegaciones de cosa juzgada, que se hacen con respecto a lo establecido en el laudo.

Lo anterior implica que la Audiencia Provincial actuó correctamente cuando, en un nuevo estudio del recurso, permite que se discuta el tema de la cosa juzgada, en base a que las partes firmaron un convenio arbitral.

La Sentencia no acepta los motivos que tratan de impugnar la existencia de cosa juzgada de lo dispuesto en el laudo, en relación con las pretensiones que se vierten en el procedimiento civil que da lugar al recurso de casación, ya que estima que «el objeto del presente juicio declarativo no es idéntico al del previo arbitraje, precisamente porque lo que se pretende es la adopción de medidas para la efectividad y cumplimiento del laudo.»

En el juicio declarativo, que se soluciona definitivamente con la Sentencia, el TS dispone que

> *«no se vuelve a enjuiciar lo que fue objeto del arbitraje de equidad, sino que, para permitir que el laudo pueda tener efecto ante la oposición de los tres hermanos demandados a cumplirlo voluntariamente, se pedía un pronunciamiento declarativo sobre las concretas acciones que debían ser objeto de transmisión recíproca y los consiguientes pronunciamientos de condena, susceptibles de ser ejecutados. En realidad, no son pronunciamientos meramente declarativos, sino declaraciones exigidas por los pronunciamientos de condena que se solicitan y que serán los que, en caso de incumplimiento voluntario, permitirán una ejecución judicial».*

Aquí radica uno de los puntos más importantes de la Sentencia, desde el punto de vista de la defensa de la cosa juzgada del laudo arbitral; lo que hace la Sentencia es proteger la efectividad del laudo, considerando las pretensiones de quien inició el pleito civil, no como meramente declarativas, sino el paso necesario para que los pronunciamientos de condena que contiene el laudo puedan servir al cumplimiento de la decisión del árbitro.

Por otro lado, a las alegaciones de los recurrentes, que pretenden negar la eficacia de la cosa juzgada material en sentido positivo, dado que se ha producido un cambio en las de circunstancias existentes al tiempo de dictar el laudo y por el tiempo transcurrido, el TS sostiene que lo que los recurrentes pretenden es negar efectividad al laudo y que, para apreciar dicha efectividad, hay que partir de lo que se dice en el mismo laudo (consecuencia de un acuerdo firmado por las partes), sin que un supuesto cambio de circunstancias o el transcurso del tiempo puedan justificar que no se ejecute el laudo y la controversia pueda ser objeto de una nueva discusión en otro procedimiento.

Por último, en relación de las pretensiones de los recurrentes de hacer jugar el artículo 518 LEC (15) , el TS entiende que no se ha infringido este precepto, pues la acción ejercitada en el pleito civil no es ejecutiva, sino declarativa, sin perjuicio de que facilite el cumplimiento del laudo y permita el

posterior acceso a la ejecución judicial.

IV. CONCLUSIONES

Podemos concluir diciendo que el TS, con esa «sutil» interpretación de que las acciones que se ejercen en el pleito civil origen del recurso de casación, no son meramente declarativas, lo que hubiera podido dar origen a que se pudiese sostener que el objeto del laudo es el mismo que el del procedimiento civil, sino pretensiones que constituyen el paso necesario para que los pronunciamientos de condena que contiene el laudo, puedan servir al cumplimiento del mismo asegurando así su efectividad, da plena efectividad a las decisiones que tomó el árbitro, que se encuentran plasmadas en el laudo dictado. El TS considera que no debe aceptarse que el laudo no produce, en este caso, efectos de cosa juzgada, pero no porque la decisión del árbitro, cuando se la confronta con una decisión judicial, no pueda producir dichos efectos por sí sola, sino porque no concurre uno de los requisitos necesarios para que aparezcan los efectos de cosa juzgada; la causa de pedir en el procedimiento arbitral y el judicial no es la misma.

Madrid, septiembre de 2022

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LOZANO, D., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (coord. D. Arias Lozano), Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 405 ss.

ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., «La controvertida firmeza del laudo», *La Ley*, n.º 6673, 16 de marzo de 2007.

BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord.. S. Barona Vilar), Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2004 , pp. 1346 ss.

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad», *Arbitraje*, vol. I, 2008, 1, pp. 115-138.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2005-

CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Bolonia, Estudia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje* (con J. Vegas Torres), Madrid, 2004, pp. 124 ss.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coord. J. González Soria), Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 412.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (J. Garberí

Llobregat, dir.), vol. 2, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 1216 ss.

GUILARTE GUTIERREZ; V., «Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral», *Arbitraje*, 2011, pp. 230-243.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos* (coord. R. Hinojosa Segovia), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp. 145 ss.

PARDO IRANZO, V., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord. S. Barona Vilar), Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2004, pp. 1560 ss.

SCHAFFSTEIN, S., *The doctrine of res judicata before international arbitral tribunals*, Oxford University Press, 2016.

SENÉS MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Civitas-Thomson-Reuters, 2007.

(1) FD 2º.

Ver Texto

(2) En relación con las sentencias judiciales.

Ver Texto

(3) A. Bernardo San José, «Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad», *Arbitraje*, vol. I, 2008, 1, pp. 115-138.

Ver Texto

(4) Citada por V. Guilarte Gutiérrez; «Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral», *Arbitraje*, 2011).

Ver Texto

(5) Lo cual nos puede llevar a la consideración del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, cuestión está que suscitado un profundo debate en el seno del arbitraje español.

Ver Texto

(6) Citados por A. Bernardo San José, *op. cit.* (nota al pie 7); *Cf*. C. Senés Motilla, *La intervención judicial en el arbitraje*, Cizur Menor, 2007 , pp. 150, 161 y 187; F. Cordón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor,, 2005, p. 284; M.A. Fernández-Ballesteros, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coord.. J. González Soria), Navarra, 2004, p. 412; S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord.., S. Barona Vilar), Madrid, 2004, pp. 1346-1351 y 1485-1493; V. Pardo Iranzo, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord. S. Barona Vilar), Madrid, 2004, pp. 1560-1564 y D. Arias Lozano , *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (cood. D. Arias Lozano),

Cizur Menor, 2005, pp. 405 y 406.

Ver Texto

(7) Citados por A. Bernardo San José, *loc. cit.*(nota al pie 8); *Cf*. I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje* (con J. Vegas Torres), Madrid, 2004, p. 124; R. Hinojosa Segovia, *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos* (cood. R. Hinojosa Segovia), Madrid, 2006, p. 145; J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (dir. J. Garberí Llobregat), vol. 2, Barcelona, 2004, p. 1216; L.A. Cucarella Galiana , *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Bolonia, 2004, p. 190 y M. Artacho Martín-Lagos, «La controvertida firmeza del laudo», *La Ley*, n.º 6673, 16 de marzo de 2007.

Ver Texto

(8) Utilizando los mismos términos «definitivo» y «firme» que la LEC emplea con relación a las resoluciones judiciales.

Ver Texto

(9) En la Exposición de Motivos y en los arts. 38 y 40.

Ver Texto

(10) Exposición de motivos, Punto IX.

Ver Texto

(11) Arts. 38.1º y 40 LA.

Ver Texto

(12) Arts. 40 y 43 LA.

Ver Texto

(13) *Cf.* A. Bernardo San José, *loc. cit.*

Ver Texto

(14) S. Schaffstein; *The doctrine of res judicata before international arbitral tribunals*, Oxford University Press, 2016.

Ver Texto

(15) «La acción ejecutiva fundada (...) en resolución arbitral (...) caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la (...) resolución».

Ver Texto

Acerca de la recurrente invocación del orden público para sustentar la acción de anulación y de supuesta intangibilidad material del laudo que contraríe normas imperativas

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de junio de 2022

On the appellant's invocation of public policy in support of the action for annulment and the alleged material intangibility of the award in breach of mandatory rules

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante sentencia de 1 de junio de 2022, desestima la acción de anulación interpuesta frente a un laudo de equidad que resolvía una disputa acerca del reparto de unos gastos de comunidad. La resolución da respuesta a la pretensión recordando el estado jurisprudencial que existes sobre el alcance del control judicial del arbitraje, alineándose con la reciente doctrina del Tribunal Constitucional que ha limitado las interpretaciones expansionistas del orden público como causa de anulación. Por otro lado, la sentencia permite reflexionar sobre dos aspectos de interés: la recurrente invocación del citado motivo en las impugnaciones de laudo y la espinosa consideración *obiter dicta*, incluida en la resolución, acerca de la supuesta intangibilidad material del laudo que contraríe normas imperativas.

Acción de anulación del laudo, arbitraje de equidad, orden público.

The Superior Court of Justice of the Basque Country resolved in the judgment of 1 June 2022 one procedure for annulment of the arbitration award. The judicial decision dismissed a request for the annulment of an arbitration award on the grounds that it was not contrary to public order; the judgment contains an updated analysis of the setting aside arbitration award and it is in line with the new doctrine of the Constitutional Court which has limited the invocation of public policy as an appropriate ground for challenge the award. Furthermore, the judgment gives us the opportunity to reflect on the abuse of the invocation of public policy and the *obiter dicta* included in the judgment related to the possibility to review the imperative norms in arbitration.

Annulment of arbitral awards, Arbitration in equity, Public policy.

Jesús Campo Candelas

Abogado en Garrigues

Profesor Asociado de la Universidad de Alicante

I. ANTECEDENTES

Decretada judicialmente la competencia de los árbitros para el conocimiento de la disputa y tramitado el arbitraje, se dictó en noviembre de 2021 laudo por el que se desestima la demanda interpuesta por un comunero que postulaba la nulidad del acuerdo de Junta de Comunidad que acordaba la modificación de las cuotas que debían girarse a cada uno de los portales. Frente a esa decisión arbitral, se interpone por el comunero la correspondiente acción de anulación del laudo, dictado en equidad, por infracción del art. 24.3º.b) de la Ley de Propiedad Horizontal (1) ya que, al no existir un acuerdo previo, el acto impugnado debió reputarse nulo. La acción de anulación se interpone con base en dos motivos: la contrariedad con el orden público (art. 41.1º.f LA) y la inexistencia o falta de validez del convenio (art. 41.1º.a LA).

II. ASPECTOS DESTACABLES DE LA SENTENCIA

La sentencia reproduce con acierto un postulado clásico para el derecho del arbitraje, como es el relativo a la limitada intervención de los tribunales judiciales en el curso del arbitraje y, en particular, al tiempo de fiscalizar la decisión arbitral. Ello obliga al Tribunal Superior de Justicia a ocuparse de dos aspectos: primero, aclarar el alcance revisor del medio típico de control del arbitraje (art. 40 LA); y, segundo, analizar los dos motivos de anulación esgrimidos por el demandante, esto es, la supuesta infracción del orden público y la falta de validez o existencia del convenio arbitral, deteniéndose la resolución, especialmente, en el primero de ellos.

1. La acción de anulación es un juicio rescindente

En armonía con las legislaciones de nuestro entorno, inspiradas por el art. 34.1º Ley Modelo UNCITRAL, la LA contempla en su art. 40 LA la denominada acción de anulación del laudo. La misma puede definirse como una acción de carácter impugnatorio y autónomo, cuyo ejercicio da lugar a un proceso a través del cual quien se ha visto gravado por un laudo —firme desde su dictado—, podrá solicitar que se deje sin efecto, en todo o en parte, siempre que concurra alguna de las causas de nulidad establecidas de manera taxativa en el art. 41 LA. Es por ello que la acción de anulación permite a jueces y tribunales atender la imprescindible labor de control del arbitraje que tienen encomendada, reaccionado así, cuando corresponda, frente a transgresiones relevantes que hayan podido ser cometidas por los árbitros.

De conformidad con la definición de la acción ofrecida, acierta la sentencia comentada en apuntar, aun implícitamente, que el proceso de impugnación del laudo no nos sitúa ante un nuevo juicio a la vista de las consideraciones introducidas por el demandante de nulidad (2) . En este sentido, llama la atención que la demanda fundamente la acción de anulación en la supuesta infracción de la Ley de Propiedad Horizontal por parte del laudo, cuando esa vulneración ni siquiera se adujo en el arbitraje (3) , pareciendo de tal modo pretender el dictado de un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de lo resuelto en el arbitraje.

Es importante, por lo dicho, la referencia que hace la sentencia al arbitraje como un modelo de resolución de controversias de disparo único —el *one-shot doctrine* de la tradición anglosajona— dado que, en efecto, no existe en nuestro ordenamiento la posibilidad de apelar el laudo, situando a los órganos judiciales en la misma posición en la que se encontraba el árbitro, pudiendo, de tal modo, sustituir la decisión arbitral adoptada por otra distinta que entre a resolver de modo alternativo la controversia. Ello se ha ensayado, ciertamente, en algunos modelos comparados (4) ; en algunos reglamentos arbitrales que permiten la apelación arbitral o en algunas propuestas de reformas *lege referenda* que postulan un ensanchamiento en la fórmula de control siempre que las partes estén de acuerdo (5) ; pero, ciertamente, no es el sistema vigente admitido desde la derogada Ley de Arbitraje del año 1988.

Es atinado, por tanto, vistos los términos en los que se plantea la demanda de impugnación recordar que la «acción de anulación no es una segunda instancia» y que al haber decidido las partes acudir al arbitraje «están renunciando a un control global de los Tribunales de Justicia sobre la cuestión debatida», sin que la discrepancia acerca de los porcentajes y pagos comunitarios pueda ser revisada a través de este limitado medio de impugnación. Precisamente a la necesidad de que las partes queden vinculadas por la decisión arbitral adoptada, sin ulteriores discusiones, se refiere la expresión «tiro único» empleada en la sentencia (6) al caracterizarse el arbitraje por ser un mecanismo de resolución de conflictos de «instancia única», donde no existe una doble revisión de la instancia previa, análoga a la que se presenta en sede jurisdiccional.

En definitiva, lo que se pide a través de la demanda de anulación es, en realidad, la rescisión de la decisión arbitral que ha puesto fin al arbitraje previo y que ha alcanzado firmeza desde su dictado; por ello, la impugnación abre un nuevo proceso por medio del ejercicio de una pretensión distinta de la que fue resuelta en el arbitraje cuya resolución final se impugna. Esta última perspectiva desaconseja, por tanto, que la demanda de anulación tienda a reproducir de nuevo los argumentos ofrecidos en el arbitraje o efectúe un desarrollo argumental respecto del fondo que complete o desarrolle el que ya se empleó en sede arbitral, como sucede en el caso analizado. Y ello porque el art. 40 LA nos enfrenta, como viene exponiéndose, a una auténtica «acción impugnativa» (7) , entendida esta como un ataque de un resultado anterior pero que, a diferencia del recurso, no se produce dentro del mismo proceso en que fue dictada la resolución impugnada, sino en otro distinto, autónomo y ajeno, originado con la interposición de una nueva acción.

2. El acogimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional

La adecuada comprensión de la acción de anulación recogida en el art. 40 LA se antoja esencial para la apropiada solución de las disputas donde se impugna la validez de un laudo y, en especial, aquellas en las que los motivos de anulación invocados sean susceptibles de ser interpretados en sentido amplio, como ocurre especialmente con la eventual infracción del orden público material.

Ciertamente, bajo la vigencia de la actual Ley de Arbitraje se ha venido elaborando una jurisprudencia que, en su mayoría, ha sido irreprochable y nada invasiva con el desempeño de los árbitros, asumiendo una adecuada delimitación del alcance del control judicial del arbitraje. Ahora bien, desde el año 2015 y focalizada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se produjo una

sucesión de pronunciamientos estimatorios de la nulidad del arbitraje caracterizados, todos ellos, por ensanchar el alcance de control sustantivo del previo arbitraje sometido a impugnación al amparo del ap. f del art. 41.1º LA.

Esa peligrosa corriente jurisprudencial ha sido corregida sin ambages por parte del Tribunal Constitucional, siendo exponente de ello la STC n.º 17/2021 de 15 de febrero, citada precisamente en la sentencia que se comenta y que completa la tendencia iniciada en su anterior resolución n.º 46/2020, de 15 de junio de 2020 (8) ; esa línea jurisprudencial, además, se reproduce en las más recientes SSTC n.º 65/2021, de 15 de marzo, n.º 50/2022, de 4 de julio y n.º 79/2022, de 27 de junio (9) habiendo ya construido una consolidada doctrina sobre el particular.

Podría sostenerse que sin necesidad de acudir a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, la decisión desestimatoria habría sido la misma dada las cuestiones aducidas por el demandante. Ahora bien, que el punto de partida para el enjuiciamiento de la acción de anulación planteada lo constituyan las consideraciones dogmáticas efectuadas por el órgano constitucional a propósito del instrumento de control del arbitraje (art. 40 LA) y el orden público como motivo de anulación (art. 41 LA), permite a la sentencia partir de un marco teórico inmaculado acerca de la labor revisora que cabe asumir por los tribunales de nuestro país, poniendo coto inmediato a los excesos que puedan interesar al demandante de nulidad para revertir la decisión adoptada.

Resulta plausible, por ello, que como el del País Vasco, buena parte de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país hayan acogido ya la doctrina del órgano constitucional al tiempo de enfrentarse al enjuiciamiento de las demandas de anulación, como así se infiere de sentencias dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia como el de Madrid (10) ; Castilla La Mancha (11) ; Comunidad Valenciana (12) ; Cataluña (13) o Islas Canarias (14) que se hacen eco de las consideraciones que sobre la cuestión ha venido efectuando el Tribunal Constitucional desde 2020.

3. El limitado alcance del orden público sustantivo; en especial, en los arbitrajes de equidad

La limitada posibilidad de revisión material del arbitraje despertó, desde el dictado de la LA/1988, el rechazo de importantes comentaristas para los que no resultaba razonable que el Derecho no estableciera sistemas de control efectivo frente a un laudo que pudiera ser contrario al ordenamiento jurídico o la equidad (15) .

Aunque el problema trató de soslayarse postulando la necesidad de asumir una comprensión amplísima de la vertiente sustantiva del orden público que permitiera atacar laudos erróneos o inequitativos (16) , lo cierto es que la jurisprudencia nunca avaló esa posición, rechazándola expresamente. Así sucedió, como antes se adelantó, desde la anterior Ley de Arbitraje (1988) y continuó con la norma del año 2003, sosteniéndolo de manera constante las Audiencias Provinciales (17) y, después, las Salas de lo Civil y Penal de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que, en líneas generales, han venido abrazando una comprensión limitada de la noción orden público (18) .

De lo anterior se sigue que la decisión arbitral errónea, por grave que sea, no será susceptible de anulación salvo que, en efecto, contravenga el orden público sustantivo que, desde luego, no puede

retorcerse para privar de validez el laudo por cualquier defecto de carácter material (19) . De este modo, en adecuada interpretación del ap. f) del art. 41.1º LA, resultará irrelevante, en sede de control judicial del arbitraje, que en el laudo puedan vislumbrarse errores, pues todo lo que no comprometa los principios esenciales del ordenamiento con los que la sentencia identifica acertadamente la vertiente sustantiva del orden público, resultará irrelevante.

Por esa razón, a efectos de privar de validez un arbitraje, no importará que la decisión adoptada sea «acertada» (20) , que la postura del impugnante sea «razonable» (21) ; que el órgano judicial «no comparta los razonamientos del árbitro» (22) ; que la normativa aplicada no resulte procedente (23) , que el criterio acogido sobre el asunto litigioso en el laudo sea contrario al seguido por la jurisprudencia dictada en casos similares (24) o que se realice por el árbitro una errónea «valoración de la prueba» (25) .

Lo mismo cabe decir respecto del arbitraje de equidad —cuya existencia en España, conviene recordar, se vio severamente comprometida por vincularlo precisamente a una mayor inseguridad (26) — donde, si cabe, resulta más complicado para la jurisdicción censurar la decisión adoptada por el árbitro. En efecto y aunque los causales de anulación son los mismos para el arbitraje de derecho y el de equidad, la intangibilidad material del laudo de equidad resulta mayor, pues bastará con que la decisión respete las reglas generales de ecuanimidad para ser inatacable.

Así se ha asumido por el Tribunal Supremo incluso bajo la legislación derogada, como demuestra la Sentencia (Sala Primera, de lo Civil) de 3 de febrero de 1988 (LA LEY 345-1/1988) que subraya «el designio de paz que preside y penetra el arbitraje privado de equidad» y cómo el mismo «quedaría despojado de sus características propias de sencillez y confianza si no se admitieran las facultades del árbitro para decidir con libertad de criterio y fundamentos y empleando fórmulas flexibles que escapan al control judicial que ha de detenerse ante el fondo de lo resuelto por el árbitro dentro de su competencia y de ahí que a esta Sala le competa únicamente dejar sin efecto aquello que a todas luces constituya extralimitación». Más recientemente, pero en similar sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su ya citada STC 17/2021, de 15 febrero, que respecto de un arbitraje de equidad sostiene que «es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso» y sin necesidad de que se observen —esto es relevante— las reglas jurídicas que resultarían de aplicación (27) .

Ello, en cierto modo, sitúa al demandante de nulidad de un laudo de equidad que pretenda privar de validez la decisión por motivos de fondo en una posición todavía más precaria que aquella en la que está quien se enfrenta a la impugnación de un laudo de derecho (28) . Y no porque lo último sea precisamente fácil —mucho menos, tras el acertado espaldarazo dado por el Tribunal Constitucional —, sino porque la libertad decisora del árbitro de equidad resulta mucho más amplia que aquella de la que dispone el árbitro que resuelve conforme a derecho ya que, en este último supuesto, al menos, debiera resolver con sujeción al marco jurídico vigente.

No cabrá anular la decisión dictada en equidad por motivos de fondo salvo que en ella se transgredan principios básicos de nuestro sistema constitucional, siendo en los casos donde se resuelve en equidad más difícil acudir al canon de irracionalidad, arbitrariedad o error grosero para invalidar el laudo

Por si fuera poco, dado que lo que se resuelve *ex aequo et bono* debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo —conceptos que, ya de por sí, resultan de más difícil aprehensión que la conformidad con el Derecho— la jurisprudencia ha venido avalando una menor motivación intrínseca y extrínseca de la decisión del árbitro de equidad en comparación con el laudo de derecho (29) . Y ello en el entendido, como se adelantó, de que en el arbitraje de equidad será posible tanto el dictado de un laudo contrario a la solución jurídica que procedería de ser un arbitraje de derecho, como la posibilidad de que el árbitro de equidad pueda fundar su decisión —total o parcialmente— en la aplicación de reglas jurídicas entremezclando la solución con la equidad, si así lo considera oportuno para la mejor solución de la disputa (30) .

La consecuencia de lo hasta ahora expuesto es clara: no cabrá anular la decisión dictada en equidad por motivos de fondo salvo que en ella se transgredan principios básicos de nuestro sistema constitucional, siendo en los casos donde se resuelve en equidad más difícil acudir al canon de irracionalidad, arbitrariedad o error grosero para invalidar el laudo (31) . Y esa doctrina, aplicada al supuesto, no puede sino conducir a la desestimación de la demanda de anulación planteada, pues la eventual discrepancia del demandante respecto de gastos comunitarios —máxime cuando nunca pareció ello sujetarse a especiales formalidades, según se desprende de la resolución—, no puede ser interpretada como una contravención de los principios esenciales de carácter material que podrían servir para la privación de validez del arbitraje por motivos de fondo.

Del mismo modo, la eventual caducidad de la acción planteada en el arbitraje no puede considerarse que comprometa ese reducto esencial del ordenamiento que se identifica con el orden público, siendo irreprochable, por tanto, la solución ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (32) ; mucho más cuando la aplicación de normas jurídicas ofrecida en el arbitraje de equidad debe ser respetada, como principio, como ha tenido ocasión de refrendar muy recientemente el Tribunal Supremo (33) .

4. La supuesta inexistencia o falta de validez del convenio

Junto con la supuesta infracción del orden público, el demandante de nulidad aduce también la falta de validez o inexistencia del convenio, lo que parece invocarse sin demasiado convencimiento, puesto que la cuestión ni siquiera se desarrolla con suficiente detenimiento en la demanda, conforme al relato de la sentencia.

Por ello, la resolución acierta al desestimar el segundo motivo de anulación que, por lo demás, parece contrariar hechos acreditados y que desmienten ese supuesto vicio de nulidad. En primer

lugar, la existencia de una resolución judicial declarando la falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje, de lo que se infiere una apreciación *prima facie* de un convenio arbitral que habilitara a la solución judicial de la controversia. En segundo lugar, la cuestión fue debidamente resuelta por parte del laudo sometido a anulación que, según se infiere de la sentencia, aludía en varios pasajes tanto a la existencia como a la validez del convenio, refrendada por el árbitro en aplicación del principio *konpetenz-konpetenz* (art. 22.1º LA).

III. DOS REFLEXIONES ADICIONALES

1. Una desafortunada consideración *obiter dicta* de la sentencia

Analizadas las particularidades del supuesto y confrontadas con la adecuada comprensión de la acción de anulación y los motivos que dan lugar a la misma, la solución desestimatoria adoptada en la sentencia resulta impecable. No era necesario, por tanto, que la resolución se adentrara en otras cuestiones añadidas para dar respuesta al caso planteado. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia, al desarrollar la doctrina sobre la intangibilidad material del laudo, efectúa a nuestro juicio una reflexión tan innecesaria como peliaguda al llegar a afirmar: «incluso si el árbitro incurrió en error *in iudicando*, no podrá acogerse la impugnación instada si no es un error que afecta a esos contenidos esenciales, descartándose incluso como motivo de impugnación la contravención de las normas imperativas». En ese pasaje la sentencia se adentra en uno de los aspectos más espinosos de cuantos existen respecto del alcance del control judicial del arbitraje, esto es, si la cláusula de orden público como motivo de anulación permite privar de validez al laudo que contrarie normas de carácter imperativo. De ese modo, aun a modo de *obiter dicta* irrelevante para la solución del asunto sometido a su valoración, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco incorpora una consideración de interés sobre la que merece la pena efectuar alguna consideración adicional.

Vaya por delante que el problema expuesto, pese a su importancia, no ha merecido un especial detenimiento en la doctrina que la mayor parte de veces recuerda que los árbitros han de respetar la legalidad vigente al tiempo de resolver y, más aún, si esa legalidad se refiere a normas indisponibles. El problema estriba, sin embargo, en dar respuesta a lo que sucede cuando el laudo contraríe normas de Derecho imperativo, cuestión que no ha tenido un especial detenimiento en la jurisprudencia —más allá de la solución al caso concreto— que, además, revela la existencia de posiciones contrapuestas.

De un lado, la tesis restrictiva conforme a la cual la contravención de una norma imperativa no puede justificar la privación de validez del laudo cuyo mejor exponente es la STSJ de Castilla-La Mancha n.º 3/2016, de 17 de marzo (LA LEY 35814/2016), conforme a la cual: «el concepto de orden público que permite la anulación del laudo en caso de conculcación, como ya hemos razonado, no autoriza a un reexamen de las cuestiones jurídicas controvertidas en el procedimiento arbitral y examinadas por el árbitro o colegio arbitral en su resolución, ni siquiera con el pretexto de que se ha omitido la aplicación de normas imperativas, de *ius cogens*, como sostiene la demanda de anulación [...] el juicio del árbitro no puede ser revisado por este Tribunal bajo el subterfugio de que se ha eludido la aplicación de una norma imperativa de *ius cogens* porque si admitiéramos como tal una cuestión de orden público, por esta vía podría quebrar la institución del arbitraje como fórmula alternativa de

resolución de conflictos» (34) . En similar sentido, la STSJ de Madrid n.º 33/2013, de 21 de mayo de 2013 (LA LEY 203835/2013) para la que «no toda vulneración de norma imperativa comporta la vulneración del orden público».

De otro lado, un criterio más laxo se ha adoptado en otras sentencias —algunas de las cuales, incluso, refieren expresamente el problema (35) — que parecen sostener el criterio mayoritario para las que «no se discute el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación [...] no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público» (36) . En el mismo sentido, más recientemente se ha pronunciado el TSJ de Madrid en su sentencia n.º 37/2019 concluyendo que «al contravenir dicha norma imperativa, el Laudo dictado es contrario al orden público, por lo que resulta de aplicación el supuesto previsto en el apdo. f) del art. 41.1 LA, lo que conlleva la estimación de la nulidad planteada por la abogacía del estado» (37) .

De hecho, incluso en supuestos de arbitraje de equidad se encuentran precedentes en los que se ha reaccionado frente a la eventual posibilidad de que estos contrariaran legislación imperativa. Es el caso de la SAP de Girona n.º 292/2002, de 29 de mayo (LA LEY 101822/2002) que cita jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual: «el hecho de que se trate de un arbitraje de equidad no supone que los Laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de derecho positivo. El derecho imperativo siempre ha de ser respetado y dicho respeto es además objeto de un específico control jurisdiccional *a posteriori*» (38) . Igualmente, jurisprudencia más reciente del TSJ de Madrid (39) sostiene, en parecido sentido, la imposibilidad de dictar un laudo de equidad vulnerando normas imperativas, no pudiendo estar, por tanto, excluida la aplicación de éstas por el árbitro de equidad.

Ciertamente, de no admitirse la última de las posiciones expuestas se incurriría en un problema de gran entidad y que, desde luego, no parece haber sido advertido por la sentencia que se refiere a la cuestión sin mayor detenimiento. Mientras se postula, con carácter general e inequívoco, la necesidad de que los árbitros respeten las normas imperativas en tanto manifestación de su deber primigenio de resolver, cuando deje de respetar aquellas no resultará posible para la jurisdicción anular el laudo salvo que se admita que el orden público es un concepto cuyo significación alcanza la infracción de la norma imperativa —lo cual ha sido rechazado por la doctrina clásica civil (40) — en los términos de la corriente antes expuesta que vienen amparando que el orden público recogido en el ap. f) del art. 41.1º LA es una fórmula válida para privar de validez el laudo que contraría el Derecho cogente (41) .

En línea con otros Tribunales Superiores de Justicia, la resolución hace suya la reciente posición adoptada por el Tribunal Constitucional y destaca que resulta inadecuado reproducir, ante la jurisdicción, la

disputa que ya fue resuelta en el arbitraje previo

No es este el lugar para el desarrollo detenido del problema, pero ciertamente sí que merece la pena reiterar la necesidad de que el arbitraje respete las normas cogentes, siendo anulables aquellos laudos que las contraríen, acudiendo a la eventual infracción del orden público. No se está de acuerdo, por tanto, con la posición deslizada en la sentencia, pues si se pretende evitar la existencia de espacios de inmunidad arbitral que dejen sin efecto reglas indisponibles de nuestro ordenamiento, no queda otra que admitir la posibilidad de reaccionar, a través del cauce previsto en el art. 41.1º.f LA, frente a laudos que contraríen normas imperativas. A este respecto, si la libertad de las partes no sirve para dejar de atender a esa tipología de normas, mal pueden las partes conferir al árbitro una potestad que ni ellas mismas tienen respecto de la desatención de reglas no disponibles (42) ; debe reconocerse, en todo caso, que a la vista de los argumentos que podrían emplearse en contra de la posición defendida, la mejor solución pasaría por postular una reforma legal que sentara la posibilidad de anular un laudo que sea «contrario al orden público o a normas de derecho imperativo» como así se defendió por nuestra parte en otro lugar (43) .

2. La invocación recurrente del orden público

La sentencia objeto de comentario trasluce una cuestión que puede apreciarse desde hace años en el ámbito de las impugnaciones de arbitrajes y que, probablemente, se ha podido ver auspiciada por la corriente favorecedora de un mayor control arbitral a la que antes se aludió pese a haber sido dejada sin efecto por el Tribunal Constitucional. Se alude a la invocación, escasamente fundada, del orden público para tratar de revertir la suerte del arbitraje. Al paso de esa conducta han salido los tribunales que, salvo excepciones puntuales, han paliado con acierto los excesos de algunos demandantes de anulación, recordando que el orden público «no es un cajón de sastre» (44) , ni «una puerta falsa» (45) , ni un «campo donde refugiar las pretensiones más descabelladas» (46) , ni una fórmula para «resucitar las cuestiones de fondo» (47) .

Esas consideraciones toman su razón de ser en el empleo abusivo del orden público como causa de anulación y cuya única finalidad es tratar de eludir el cumplimiento de lo decidido imperativamente por los árbitros a cuya decisión, libre y soberanamente, se sometieron las partes (48) . Sin embargo, en la medida en que los órganos de justicia, como sucede en el supuesto enjuiciado, efectúen una adecuada interpretación del motivo de anulación, descartando interpretaciones amplísimas o expansivas de la noción, no existen mayores problemas, por más que, en efecto, puedan existir excesos por parte de algunos litigantes que, en todo caso, se aprecian en procesos judiciales de toda naturaleza y no se circunscriben especialmente en la acción de anulación.

La cuestión, sin embargo, ha motivado la formulación de propuestas para reaccionar frente a las impugnaciones arbitrales infundadas, postulando tanto la inadmisión de las demandas de anulación cuando se aprecie abuso de derecho, como la imposición de sanciones civiles si no concurre «justa causa litigandis» (49) , opciones que creemos pueden llevar aparejado algunos problemas como fue analizado en otro lugar. No se trata, desde luego, de permanecer impávidos frente a la invocación abusiva del orden público, pero sí de relativizar la importancia de la cuestión dado el escaso impacto

real del perjuicio que puede generar al arbitraje: no en vano, siendo el laudo firme desde su dictado, podrá el interesado postular su ejecución (art. 44 LA) y, de llegar a suspenderse por interesarlo la parte ejecutada, liquidar los daños y perjuicios causados por la demora (art. 45.2º LA).

Por lo demás, si quiere desincentivarse la invocación abusiva del apartado f) del art. 41.1º LA, no parece que sea necesario acudir a fórmulas procesales distintas de las ya recogidas en la ley procesal general y, en particular, estar a las reglas sobre imposición de costas (art. 394 y ss. LEC) o, en casos muy excepcionales, recurrir a las multas por infracción de la buena fe procesal conforme al art. 247 LEC cuando ello implique un perjuicio añadido al afectado (50) .

IV. CONCLUSIÓN

La solución desestimatoria adoptada en la Sentencia n.º 7/2022 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 1 de junio de 2022, resulta irreprochable. No en vano, se alinea con la doctrina y la jurisprudencia existente sobre la cuestión y, más concretamente, sobre el orden público como motivo de anulación, reconociendo certeramente el desdoblamiento de la noción en dos vertientes: la faceta procesal y sustantiva, siendo realmente complicado que la última pueda verse comprometida en arbitrajes dictados en equidad, como hemos analizado; y es que, al margen de aquellos aspectos que puedan comprometer los principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad, no cabrá esperar la anulación del arbitraje por infracción del orden público sustantivo.

En este sentido y en línea con otros Tribunales Superiores de Justicia, la resolución hace suya la reciente posición adoptada por el Tribunal Constitucional, si bien se ve obligada a ir más allá y destacar un aspecto que, aun siendo conocida por muchos, merece la pena reiterar a la vista de los términos en los que se plantea la acción: no existe en nuestro país un recurso de apelación frente al laudo, por lo que resulta inadecuado reproducir, ante la jurisdicción, la disputa que ya fue resuelta en el arbitraje previo. A este respecto, acierta la sentencia al recordar con acierto que el arbitraje constituye un método de resolución de disputas de «tiro único» en los que no es posible una revisión íntegra de la decisión arbitral al constituir la acción de anulación un juicio rescindente.

Por último y pese a no resultar determinante para la solución, la resolución da pie a especular en torno a dos cuestiones de interés vinculadas con el control judicial del arbitraje. Primera, la consideración *obiter dicta*, según la cual, las consecuencias de la contravención de la norma imperativa por parte del laudo no permiten su anulación por los tribunales, afirmación tan innecesaria para la solución de la controversia como discutible si no se quieren generar espacios de inmunidad arbitral que pueda servir para dejar sin efecto Derecho cogente. Segunda, la invocación recurrente de la infracción del orden público, aducido en múltiples precedentes judiciales sin suficiente fundamento para tratar de revertir la decisión arbitral; ello, como se ha explicado, no debe ser visto como un especial problema para el arbitraje al ser el laudo firme desde que se dicta y si, como está sucediendo, los tribunales interpretan adecuadamente el alcance de control judicial que es posible efectuar mediante el art. 41.1º LA.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *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*, coord: Barona Vilar, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2012.

AA.VV., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, dir. J. Garberí Llobregat, t. I, Barcelona, Bosch, S.A., 2004.

ACEDO PENCO, A., «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nos. 14-15, 1996-1997, pp. 323-392.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por inequitativo», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2009.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho y las normas debidas a aplicar», Revista de Derecho Privado, 1990.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *La anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación*, Granada, Comares, 1996.

CHILLÓN MEDINA y J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 3ª ed.,Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, n.º 4, 1982, pp. 987-1086.

GONZÁLEZ SORIA, «Contra los recursos infundados», *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1, 2008.

GONZALO QUIROGA, M., *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

GUASP, *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Bosch, 1956.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters-Kluwer, 2021.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «La Ley de arbitraje de 2003. Consideraciones generales», *Revista de Derecho Procesal*, 2005.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *El Recurso de Anulación Contra los Laudos Arbitrales*, Madrid, Edersa, 1991.

REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, Montecorvo, S.A., Madrid, 1991.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral», *La nueva Ley de Arbitraje* (J.C. Fernández Rozas, dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje», *La Nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 102, 2006, CGPJ, 2007,.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de justicia», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, 2005.

MAGEE M.J., «The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards-How Far Should Expansion go?», *South Carolina L. Rev.*, vol. 39, 1988, pp. 464-492

NIEVA FENOLL, J., «Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral», *Actualidad civil*, n.º 16, 2008.

PANTALEÓN PRIETO, F. «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», Revista de Legislación La Ley, n.º 10, 1989, pp. 49-63.

REGLERO CAMPOS, F., *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988),* Madrid, Montecorvo, 1991.

(1) Según el cual: «La adopción de acuerdos para los que la ley requiera mayorías cualificadas exigirá, en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación».

Ver Texto

(2) A la naturaleza impugnativa de la acción de anulación alude la propia Exposición de Motivos de la LA al describir el proceso de acción como un «proceso de impugnación de la validez del laudo».

Ver Texto

(3) A la introducción de nuevos argumentos alude el FD1º: «Se opone la parte demandada (Comunidad de Propietarios de Bilbao) alegando en esencia que introduce hechos y fundamentos nuevos (artículo 24.3b LPH) que nunca fueron planteados ni debatidos en el procedimiento arbitral, siendo en esta vía jurisdiccional cuando se invocan por primera vez, lo que al ser extemporáneo le causa indefensión, además de que el dato en el que apoya tal alegación (acuerdo en el portal ... como previo a la adopción de acuerdos en la general) no ha sido acreditado (no se acompaña dicho acuerdo), resultando además, que cuando el propio demandante había sido presidente de su comunidad y llevaba a cabo actos en la junta general, nunca alegó la existencia de necesidad de acuerdo previo en su portal como la alegada en

este momento. Se apoya en la STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021 en torno a la configuración del orden público en relación con la motivación».

Ver Texto

(4) En el Derecho comparado, se advierten regulaciones que han permitido un mayor control de fondo de lo decidido en sede arbitral, siendo especialmente destacada la del derecho inglés que permite un recurso de apelación frente al laudo a través del cual puede llevarse a cabo una revisión judicial que alcanza al error sustantivo en la aplicación del derecho (*Section* 68 y 69, *Arbitration Act*). Ello no significa que cualquier equívoco insustancial sirva para anular un laudo, pero sí que podrá privarlo de validez la concurrencia de una *substantial injustice* —a las figuras del «*obviously wrong*», «*serious doubt*» o «*just and proper*» alude precisamente el último de los preceptos citados de la normativa inglesa.

Ver Texto

(5) Así resulta cuando las partes deciden someterse a un reglamento arbitral que prevé un sistema de apelación voluntaria, como así sucede en el caso de prestigiosas Cortes Arbitrales Internacionales —entre otros, JAMS; GAFTA, AAA o la CCI— y otras nacionales de importancia. Para un análisis más detenido de la propuesta *lege ferenda* apuntada, *vid.*. J. Campo Candelas, *La anulación del laudo por infracción del orden público*, Aranzadi, 2019.

Ver Texto

(6) Una terminología más castiza se empleó por parte de la AP de Madrid (Sección 8ª) en su Sentencia n.º 44/2011, de 4 de febrero (ECLI:ES:APM:2011:352) que nos recuerda que «en el arbitraje las partes se juegan a una sola carta la resolución de la controversia».

Ver Texto

(7) Terminología asumida por J. Guasp para aludir a aquellas acciones procesales a través de las cuales se atacaba un resultado procesal anterior, pero en el marco de un proceso distinto a aquel que originaba la interposición de la nueva acción. J. Guasp, «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 1948, t. I, p. 464, citado en Sánchez de Movellán, *La anulación del laudo ...*, *op. cit.*, p. 22. Esa categoría de «acción impugnativa» se englobaría, en la doctrina más moderna, dentro de lo que se ha dado en denominar medios de impugnación en sentido amplio.

Ver Texto

(8) Para un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional, véase el especial monográfico publicado por la *Revista La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º 6, abril-junio 2022. También cabe destacar a R. Hinojosa Segovia, «Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021 de 15 de febrero», *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Wolters-Kluwer, 2021.

Ver Texto

(9) Esa doctrina constitucional pone fin, en definitiva, a algunos excesos intervencionistas efectuados por la jurisdicción ordinaria por considerar que, una nueva revisión del fondo de lo decidido por los árbitros

contraría el art. 10 CE, relativo al respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que libremente deciden acudir al sistema privado de justicia mediante la suscripción de un convenio arbitral, dejando con ello al margen a la jurisdicción ordinaria. Puede verse, a modo de ejemplo, la STC n.º 17/2021, FJ.2, ref. ECLI: ECLI:ES:TC:2021:17 que señala: «la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia ahora completa».

Ver Texto

(10) STSJ Madrid n.º 15/2022, de 19 de abril, ECLI:ES: TSJM:2022:5159.

Ver Texto

(11) STSJ Castilla La Mancha n.º 2/2022 de 31 de marzo, ECLI:ES: TSJCLM:2022:992.

Ver Texto

(12) STSJ la Comunidad Valenciana n.º 14/2021, de 29 de noviembre, ECLI:ES: TSJCV:2021:5672.

Ver Texto

(13) STSJ Cataluña n.º 64/2021, de 27 de diciembre, ECLI:ES: TSJCAT:2021:11613.

Ver Texto

(14) STSJ Islas Canarias, Las Palmas n.º 5/2022, de 26 de mayo, ECLI:ES: TSJICAN:2022:979.

Ver Texto

(15) Por encima de todos los autores, debe destacarse la contundencia de Albaladejo, para el que no resultaba admisible, en modo alguno, que se otorgaran efectos de cosa juzgada a un laudo directamente contrario al ordenamiento jurídico, sin posibilidad de revisión alguna. Sostiene el autor: «resulta pasmoso que la Ley no recoja expresamente recurso contra el laudo que en arbitraje de Derecho viole las normas que corresponda aplicar al caso (...) la ausencia de recurso, si es aposta, para dar solidez e inatacabilidad al laudo, es un despropósito descomunal en cuanto pueda amparar laudos ilegales». En «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas a aplicar...», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 179. Años después, reafirmó sus conclusiones el autor bajo la vigencia de la actual Ley de Arbitraje en «Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por inequitativo», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2009. Igualmente, Reglero Campos, postuló la necesidad de anular «laudos de derecho que infrinjan normas del ordenamiento jurídico [y] laudos de equidad que se aparten de normas de carácter imperativo o que sean manifiestamente injustos», *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988),* Madrid , Montecorvo, 1991, p. 262. Más tímidamente, Pantaleón Prieto quien llama la atención en el hecho de que: «...nadie, por supuesto, ponga en cuestión su constitucionalidad a la luz del art. 117.3 CE, ni se pregunte por qué la tutela judicial efectiva, cuando de un laudo arbitral se trata, queda satisfecha con un recurso como el regulado en los arts. 45 ss. LA, mientras que, cuando se trata de una sentencia judicial de igual o menor transcendencia económica, puede exigir un recurso de apelación y otro de casación», «Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje», *La*

Ley, 1989, p. 8.

Ver Texto

(16) Se alude a la propuesta de Albaladejo que, si bien no parece muy convencido de esta solución, la ofrece para «arreglarnos e ir tirando», en «La ominosa tentativa de hacer irrecurrible...», *loc. cit*., p. 171.

Ver Texto

(17) Puede verse el análisis jurisprudencial que contiene P. Álvarez Sánchez de Movellán, *La Anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación*, Granada , Comares, 1996, y R. Hinojosa Segovia, *El Recurso de Anulación Contra los Laudos Arbitrales*, Madrid, Edersa, 1991.

Ver Texto

(18) Es a partir del año 2011 cuando se modificó la competencia objetiva para conocer de las acciones de anulación, atribuyéndolas a los Tribunales Superiores de Justicia por *mor* 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.

Ver Texto

(19) A la imposibilidad de «forzar» la noción de orden público alude J. Nieva Fenoll, «Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral», *Actualidad civil*, n.º 16, 2008. En el mismo sentido, se manifiestan otros autores extranjeros como Magee, quien recuerda que el orden público no puede ser visto como una suerte de «comodín» para reaccionar frente a meros errores materiales, en M. Magee, «The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards-How Far Should Expansion go?», *South Carolina L. Rev*., vol. 39, 1988, pp. 464-492.

Ver Texto

(20) STSJ Madrid n.º 29/2014 de 20 mayo (ECLI:ES:TSJM:2014:10331); n.º 33/2014 de 3 junio (ECLI:ES: TSJM:2014:10334). Previamente, la SAP Alicante (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2006 (LA LEY 109233/2006) que recuerda que la acción de anulación del laudo no permite controlar el acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales. Más recientemente, la STSJ Madrid n.º 62/2021, de 13 de octubre (ECLI:ES: TSJM:2021:10764) o la STSJ Galicia n.º 30/2020, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2020:6717).

Ver Texto

(21) SAP Asturias n.º 40/2005, de 4 febrero (LA LEY 28055/2005).

Ver Texto

(22) En tal sentido, la STSJ Andalucía, Granada n.º 11/2021, de 11 de mayo (ECLI:ES:TSJAND:2021:9589): «No ocurre así, desde luego, cuando simplemente sigue una interpretación no acorde con la última

jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues es sabido que por lo general la interpretación jurisprudencial es una elección de entre varias interpretaciones posibles de la norma, que por lo general ha generado una discrepancia entre Audiencias Provinciales, por lo que esas interpretaciones descartadas o no acogidas por el Tribunal Supremo no pasan automáticamente a ser "contrarias " al orden público».

Ver Texto

(23) SAP Barcelona (Sección 15ª) n.º 112/2008, de 27 de marzo (LA LEY 49169/2008) o la ya referenciada STC n.º 17/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:2021:17): «Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público».

Ver Texto

(24) Así, la STSJ Madrid n.º 27/2019, de 19 de julio (ECLI: ES:TSJM:2019:5694) al afirmar «...la función que compete a esta Sala no es la censura de profundidad, ortodoxia jurisprudencial o coincidencia con lo que pudiera haber sido la aplicación judicial del Derecho realizada por un órgano judicial». Previamente, la SAP Cádiz 2.ª n.º 71/2008, de 22 de febrero (LA LEY 93652/2008): «Ciertamente que la Jurisprudencia ha venido exponiendo la posibilidad de alegar la denominada compensación judicial, entendiéndose como modo de extinción de la obligación, pudiendo alegarse como excepción de derecho material en la contestación a la demanda (...) Este criterio no se ha sostenido en el laudo (...) teniéndose presente la posición de este Tribunal en el concreto expediente de anulación de laudo arbitral, no revisionista como si de una apelación se tratase».

Ver Texto

(25) Así, STC n.º 50/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:TC:2022:50) que resuelve que la revisión de una valoración deficiente o errónea de la prueba está prohibida cuando se trata de resoluciones arbitrales, afirmando que «Esa es una valoración que le está prohibida cuando de la revisión de resoluciones arbitrales se trata, por cuanto el control judicial del laudo no incluye el acierto en la decisión sino su nivel de motivación racional y suficiente, lo que concurre en el presente caso». En ese mismo sentido se manifiestan la STSJ Comunidad Valenciana n.º 14/2021, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TSJCV:2021:5672) o la STSJ Cataluña n.º 65/2018, de 19 de julio (ECLI:ES: TSJCAT:2018:7481).

Ver Texto

(26) En efecto, cabe recordar que el arbitraje de equidad, para el arbitraje interno, iba a ser suprimido en el Proyecto de Ley de reforma del arbitraje aprobado por el gobierno y presentado para su tramitación parlamentaria en el marco del proceso de reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Y ello bajo dos pretextos esenciales: de un lado, que de suprimir el arbitraje de equidad en los arbitrajes internos, la solución de tales conflictos podría reconducirse a la mediación; y, de otro, buscar el incremento de la seguridad jurídica de la institución arbitral, lo que fue criticado por parte de la doctrina. Finalmente, la tramitación parlamentaria modificó el proyecto inicial, no desapareciendo el arbitraje de equidad que, no obstante, vio severamente comprometida su propia existencia para los arbitrajes internos.

Ver Texto

(27) Dejando a salvo las normas de naturaleza imperativa, como después se comprobará.

Ver Texto

(28) Ya se apuntaba en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1953: «En el supuesto de arbitraje de equidad, el procedimiento se simplifica y se limita a la garantía del principio de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal. Ningún recurso ordinario cabe, evidentemente, contra el laudo, con más razón en este caso», cuyo artículo 28 permitía el recurso ante el Tribunal Supremo en arbitrajes de derecho, quedando los de equidad exentos de ajustarse a derecho en cuanto al fondo (art. 29 LA).

Ver Texto

(29) En tal sentido, entre muchas otras, la reciente STSJ País Vasco n.º 5/2022, de 4 de abril de 2022, Rec. 22/2021: «en relación con el arbitraje de equidad dejábamos señalado (STSJ PV 9 de diciembre de 2019 (NLA 11/2019, FJ5)) y ahora reiteramos que "...resulta, no obstante, cuando menos discutible que este canon de motivación sea extrapolable automáticamente y en toda su extensión al arbitraje y más aún cuando se trata de un arbitraje de equidad. Ya respecto del arbitraje de Derecho se ha discutido la propia noción de equivalente jurisdiccional del arbitraje y su traslación automática a la exigencia de motivación, al no tener en cuenta la base contractual del arbitraje y el alcance del principio de autonomía de la voluntad. Por tanto, siendo exigible la motivación del laudo arbitral por *mor* del art. 37.4º LA, la misma no puede ser exigida en el laudo arbitral dictado en equidad con el mismo rigor que en una resolución judicial o en un laudo dictado en arbitraje de Derecho.» Más específicamente, decíamos (la ya citada sentencia de 9 de diciembre de 2019 (NLA 11/2019) y de 3 de diciembre de 2019 (NLA 10/2019)) «La naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir». Esta línea jurisprudencial había sido ya reconocida para el caso en concreto del arbitraje de equidad, siendo exponente de ello la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo n.º 429/2009 de 22 de junio (LA LEY 184094/2009): «Tratándose de un arbitraje de equidad adquieren una importancia secundaria los elementos de incongruencia o incoherencia interna de la decisión arbitral, dado que, las reglas de carácter formal o institucional, tendentes a garantizar la seguridad jurídica y la posición formal de las partes, presentan una importancia secundaria en el arbitraje de equidad, en el que razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ellas».

Ver Texto

(30) Así lo ha recordado, entre otras, la sentencia n.º 429/2009 del Tribunal Supremo (LEY 184094/2009) que establece que «la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa».

Ver Texto

(31) Particularmente activo en lo que respecta a la asunción de esa última tesis en el ámbito de la impugnación judicial del laudo se muestran los TSJ al recordar que el debido respeto a la tutela en el sistema privado de justicia requiere de respuestas arbitrales fundadas en criterios jurídicos de cierta razonabilidad, de modo que un error notorio del árbitro que permita tildar al laudo de arbitrario, ilógico, irracional o absurdo no resulta admisible y merecerá ser privado de validez. Basten algunos ejemplos,

además de los que ya fueron traídos a colación: STSJ Madrid n.º 70/2015, de 13 octubre (ECLI:ES:TSJM:2015:11463): «A modo de conclusión anticipada: el razonamiento del Laudo no puede tacharse de arbitrario, irracional o absurdo, ni dar lugar a la anulación del mismo». STSJ Galicia n.º 33/2015, de 14 julio (ECLI: ES:TSJGAL:2015:6236): «nada más lejos de la realidad que el laudo que nos ocupa sea ilógico y menos arbitrario o contrario al orden público».

Ver Texto

(32) Puede leerse en la resolución: «La razón alegada por la parte actora, esto es, que lo pretendido por el demandante no es la nulidad del acuerdo adoptado el 21 de marzo de 2018, sino la discrepancia acerca de los porcentajes y los pagos comunitarios y que según ello el acuerdo es nulo y no anulable lo que impide la apreciación de la caducidad, más allá de que es nueva (ver FJ 3º del Laudo (pág. 8 de 13), reiterado al denegar (auto 27 de diciembre de 2021) la aclaración solicitada (ver Antecedente 2º y FJ II del auto)), no pueden considerarse contravenciones de los principios básicos de nuestro sistema. La caducidad de la acción es consecuencia de la pretensión ejercitada por el demandante a lo que se opuso la parte demandada, oposición que fue acogida por el árbitro, lo que no supone falta de motivación y de ninguna manera, indefensión para la parte demandante. La decisión ha sido adoptada tras el análisis de las posturas de las partes y la prueba sometida a su apreciación, tomando una decisión que no satisface lo querido por el demandante, pero que no supone infracción del tan manido orden público, al no haber contravención de principios básicos de nuestro sistema constitucional».

Ver Texto

(33) Se trata de la STS del 27 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1764) que dimana de un juicio declarativo en el que se instaba la adopción de medidas para el cumplimiento de un laudo de equidad incluso aunque se hayan producido innovaciones respecto del momento en el que aquel fue dictado.

Ver Texto

(34) En similar sentido, la STSJ Madrid de 21 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TSJM:2013:8218) que recuerda que: «toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, no toda vulneración de norma imperativa comporta la vulneración del orden público».

Ver Texto

(35) Cierta indignación se advierte en las SSTSJ Madrid n.º 74/2015, de 23 octubre (ECLI: ES:TSJM:2015:12653) y n.º 32/2016, de 13 de abril (ECLI: ES:TSJM:2016:3984) que tras recordar cómo nadie objeta el planteamiento teórico según el cual el árbitro tiene la obligación de respetar las normas imperativas, recuerda: «Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico —inobjetable— cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, *sub specie* de infracción del orden público —art. 41.1.f) LA—, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento. En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible "exceso de jurisdicción" cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han

observado, o no, esas mismas normas imperativas...».

Ver Texto

(36) STSJ Madrid n.º 74/2015, de 23 octubre (ECLI:ES:TSJM:2015:12653). En el mismo sentido, las sentencias citadas en esa misma sentencia n.º 23/2015, de 24 de marzo (ECLI:ES:TSJM:2015:3275) y n.º 56/2015, de 13 de julio (ECLI:ES:TSJM:2015:8881).

Ver Texto

(37) STSJ Madrid n.º 37/2019, de 4 de octubre (LA LEY 162749/2019).

Ver Texto

(38) STS de 30 de mayo de 1987 (LA LEY 3362/1987).

Ver Texto

(39) STSJ Madrid n.º 31/2021, de 21 de mayo (ECLI:ES:TSJM:2021:4399).

Ver Texto

(40) Manifiesta F. De Castro que el empleo de la expresión orden público para enfatizar el carácter imperativo de una norma vinculante resulta «innecesario o abusivo» y «perturbador», pues si cada norma imperativa pudiese ser calificada como de orden público se olvidaría el sentido técnico del término desfigurando el mayor valor que el orden público tiene respeto de la normativa imperativa, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, n.º 4, 1982, pp. 987-1086, esp., p. 1032. En sentido similar, A. Acedo Penco para quien «carece de sentido práctico identificar en el Derecho Civil de nuestros días orden público y ley imperativa pues pretenderlo sería simplemente eliminar toda operatividad al concepto para quedar diluido en la misma al arbitrio del legislador de turno», «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura,* nos. 14-15, 1996-1997 , pp. 323-392, p. 336.

Ver Texto

(41) Dispone la STSJ Madrid n.º 3/2016 de 19 enero (ECLI:ES:TSJM:2016:11915), en consideración asumida en otras sentencias anteriores: «...este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación. El discutido concepto — orden público — que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958

está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano [...] Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico —inobjetable— cae en el más absoluto de los "olvidos" o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, subespecie de infracción del orden público —art. 41.1º.f) LA —, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento. En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible "exceso de jurisdicción" cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...».

Ver Texto

(42) Al argumento expuesto se ha añadido otro por parte de J. Nieva, a saber: el de la interpretación legal afecte a terceros; sostiene el autor: «El art. 6.2º Cc nos dice muy claramente que "la exclusión voluntaria de ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros". Y a su vez, el art. 1814 del mismo cuerpo legal dispone que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales ni sobre derechos futuros (...) Dejemos a un lado las materias del art. 1814 Cc, porque serían consideradas de orden público o indisponibles, y por tanto ya están cubiertas por las causas de nulidad correspondientes. Nos queda entonces la cuestión de que las partes no pueden perjudicar a terceros ni renunciando derechos ni excluyendo voluntariamente la ley aplicable. Pues bien, eso es justamente lo que parece que le permiten hacer a un árbitro respetando la opinión doctrinal actualmente dominante (...) Que una interpretación legal errónea afecte a terceros es algo que puede ocurrir, además, con frecuencia. Basta con pensar en los efectos colaterales de cualquier sentencia, que autoriza a cualquier tercero con interés indirecto —llamado por la doctrina adhesivo— a participar en el proceso para darse cuenta de que a través de este punto es posible que se abriera un filón plenamente legal a la impugnabilidad de los laudos. Es ya muy anticuada la visión de que un contrato solo afecta a las partes contratantes, tan anticuada como la orientación doctrinal según la cual la cosa juzgada solo produce efectos *inter partes*. Cada vez tenemos más ejemplos de que no es así, habiendo actuado de punta de lanza en este tema los procesos colectivos, pero hay muchos más supuestos. Por tanto, tenemos una posible vía de impugnación de los laudos arbitrales que permite corregir infracciones jurídicas cuando las mismas puedan tener efectos ultra partes». J. Nieva Fenoll, «Ampliación de las posibilidades...», *loc. cit*., p. 11.

Ver Texto

(43) J. Campo Candelas, J., *La anulación..., op. cit*.

Ver Texto

(44) STSJ Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) n.º 2/2014, de 10 marzo (ECLI:ES:TSJMU:2014:451)

Ver Texto

(45) STSJ Murcia n.º 7/2014, de 2 de junio (ECLI:ES:TSJMU:2014:1257); n.º 3/2016 de 28 de enero (ECLI:ES: TSJMU:2016:122); n.º 6/2016 de 11 de febrero (ECLI:ES:TSJMU:2016:289); n.º 2/2016 de 28 de enero (ECLI: ES:TSJMU:2016:121). También emplea la expresión de «puerta falsa» el TSJ de Madrid: véase la sentencia n.º 33/2015 de 21 de abril (ECLI: ES:TSJM:2015:4055).

Ver Texto

(46) SAP Madrid (Sección 14ª) n.º 224/2011, de 9 mayo (ECLI:ES:APM:2011:6523); previamente, la SAP Madrid (Sección 14ª) n.º 530/2008, de 24 septiembre (LA LEY 231046/2008).

Ver Texto

(47) Expresión acuñada por muchas de nuestras AAPP: SAP Islas Baleares (Sección 3ª) n.º 21/2011, de 26 enero (ECLI: ES:APIB:2011:161); SAP Guipúzcoa (Sección 2ª) n.º 246/2010 de 30 julio (ECLI:ES:APSS:2010:1068); SAP Madrid (Sección 28ª) n.º 35/2010, de 12 febrero (ECLI: ES:APM:2010:2049); SAP Cádiz (Sección 5ª), sentencia n.º 321/2008 de 27 junio (LA LEY 199154/2008).

Ver Texto

(48) Muchos reglamentos de arbitraje institucional consagran el principio por el que todo laudo arbitral reviste un carácter obligatorio para las partes: véase el artículo 28.6 del Reglamento de arbitraje de la CCI; el artículo 32 del Reglamento de arbitraje de UNCITRAL. En nuestro país, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en vigor desde el 1 de enero de 2009 que va más lejos aún al afirmar en el art. 43, lo siguiente: «El laudo es obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplirlo sin demora (...) si en el lugar del arbitraje fuera posible plantear algún recurso sobre el fondo o sobre algún punto de la controversia, se entenderá que al someterse a este Reglamento arbitral, las partes renuncian a esos recursos, siempre que legalmente quepa esa renuncia».

Ver Texto

(49) J. González Soria, «Contra los recursos infundados», *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1, 2008, pp. 75-83.

Ver Texto

(50) A este último respecto y aunque la imposición de éstas no resulta habitual, sí que podría llegar a encontrar un cierto acomodo en el ámbito de la acción de anulación siempre que se advierta una estrategia maliciosa o cuando se pretenda retorcer el cauce procedimental de la anulación del laudo para tratar de conseguir un imposible como es un nuevo pronunciamiento sobre el fondo que revierta la decisión arbitral adoptada y a la que está vinculado.

Ver Texto

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

A vueltas con la carga de la prueba y el orden público

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía CP 1ª de 17 de enero de 2022

La indefinición del concepto de orden público español a pesar de las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sigue generando dudas en cuanto a sus límites y en cuanto al contenido y alcance del orden público procesal y el derecho de defensa. La STSJ Andalucía CP 1ª 17 enero 2022 da un paso más, valiente, para tratar de acabar con dicha incertidumbre.

Elena Sevila Sánchez

Socia de Andersen

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (el «TSJ de Andalucía»), por medio de una sentencia dictada el pasado día 17 de enero de 2022 (la «Sentencia»), en el procedimiento tramitado bajo el número de autos de juicio verbal nº 16/2022, desestimó la acción de anulación planteada frente a un laudo arbitral de día 9 de junio de 2021 (el «Laudo»).

El laudo arbitral en cuestión estimaba la demanda interpuesta por los vendedores de determinadas participaciones sociales y condenaba a la compradora a pagar el precio de dichas participaciones sociales y la penalidad prevista en el contrato de compraventa objeto del arbitraje.

La demandante basó su acción de anulación del Laudo en una supuesta contravención del orden público por la vulneración de las normas de la carga de la prueba (entre otros motivos). En concreto, la compradora exponía en su demanda que la compraventa estaba sometida a determinadas condiciones suspensivas, y que era la vendedora quién disponía de la documentación que permitía acreditar que no se habían cumplido dichas condiciones por lo que, al no tener en cuenta el Árbitro Único la facilidad probatoria de las vendedoras y al imponerle una prueba diabólica, el laudo vulneraba el orden público.

La Sentencia desestima el motivo de anulación al entender —acertadamente— que al contrario de lo relatado por la demandante en su demanda, el Árbitro Único no había impuesto a la compradora en el arbitraje la carga de probar que se cumplían las condiciones suspensivas. El Árbitro Único, por el contrario, se había limitado a entender que contractualmente la compradora estaba obligada a formular las objeciones que tuviera por convenientes relativas al cumplimiento o no de las condiciones suspensivas y que, en la comunicación que la demandante remitió a los vendedores a estos efectos ninguna de las alegaciones efectuadas resultaba suficiente para entender que no se habían cumplido dichas condiciones suspensivas (y que las solicitudes de información y documentación que se hacían o bien no eran relevantes a los efectos de las condiciones suspensivas o bien ni siquiera estaban relacionadas con las mismas).

La importancia de esta Sentencia radica sin embargo en que en la misma aclara que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil no forman parte del «orden público» (procesal) y que, por tanto una infracción de las mismas no puede constituir una vulneración del orden público: *«las normas sobre la distribución de la carga de la prueba no constituyen orden público».*

La indefensión tiene encaje en el principio de «audiencia» en el sentido de dar la oportunidad a las partes de actuar o de defender sus posiciones, es decir, de asegurar el derecho de defensa

La STSJ Andalucía sitúa las reglas de la carga de la prueba en la causal de anulación prevista en el art. 41.1º.b) LA «que (…) no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos» y afirma que lo que «en realidad está denunciando la aquí demandante no sería propiamente la vulneración del orden público (procesal) sino la indefensión».

Sin embargo, la indefensión tiene encaje en el principio de «audiencia» en el sentido de dar la oportunidad a las partes de actuar o de defender sus posiciones, es decir, de asegurar el derecho de defensa. El razonamiento de la Sentencia genera dudas en cuanto que parece situar el derecho a acceder a la prueba necesaria y la infracción de dicho derecho en dos causales distintas, por un lado, el art. 41.1º.b) de la LA pero a la vez en el principio de audiencia y en el derecho de defensa, que sin duda forma parte del orden público que garantiza el art. 41.1º.f) de la LA.

Sin duda, el razonamiento del TSJ de Andalucía se refería (o debería haberse referido) a que, como tiene reconocido el Tribunal Federal Suizo, una aplicación errónea o incluso arbitraria de las disposiciones procesales aplicables (en nuestro caso unas reglas sobre la distribución de la carga de la prueba a las que las partes se hayan sometido) no puede constituir por si sola una vulneración del orden público procesal (1) , en cuyo caso la causal del art. 41.1º.b) parecería justificada.

En todo caso, no parece que el Juez de la anulación esté facultado para controlar la aplicación de las reglas de la carga de la prueba pues, al hacerlo estaría revisando el fondo del asunto (lo que le está estrictamente vedado). Así al menos lo ha entendido la *Chambre Commerciale Internationale* de Paris (2) en una sentencia relativamente reciente.

En conclusión, la indefinición del concepto de orden público español a pesar de las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sigue generando dudas en cuanto a sus límites y en cuanto al contenido y alcance del orden público procesal y el derecho de defensa. La sentencia del TSJ de Andalucía da un paso más, valiente, para tratar de acabar con dicha incertidumbre.

.....

(1) Tribunal Federal de Suiza, Sentencia de 17 de agosto de 2020 considerando 3.3., *« Une application erronée ou même arbitraire des dispositions procédurales applicables ne constitue pas, à elle seule, une violation de l'ordre public procédural » (ATF 126 III 249 consid. 3b; arrêt 4A_548/2019 du 29 avril 2020 consid. 7.3).*

Ver Texto

(2) CCIP-CA - RG 19/19388, Sentencia de 14 de septiembre de 2021, apartado 89 « *La cour ajoute que la règle selon laquelle « la preuve incombe au demandeur », qui est susceptible d'aménagement en droit interne, ne relève pas de l'ordre public international et qu'en demandant au juge de l'annulation de sanctionner le non-respect par l'arbitre des règles relatives à la charge de la preuve, le recourant entend conférer au juge de l'annulation le soin de réviser au fond la sentence rendue ».*

Ver Texto

Execuátur en España de laudo arbitral extranjero por acuerdo de las partes pronunciado en Nueva York en el seno de la *American Arbitration Association*

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2022

El Auto del TSJ de Madrid CP 1ª de 15 marzo 2022 permite analizar los requisitos para el reconocimiento en España de un laudo arbitral por acuerdo de las partes dictado el 16 de julio de 2021 en Nueva York en el seno de la *American Arbitration Association*. El comentario incluye reflexiones susceptibles de ser analizadas desde la perspectiva del Derecho internacional privado sobre diferentes cuestiones: (i) requisitos formales y procesales para la obtención del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero; (ii) causas de denegación del reconocimiento del laudo extranjero; (iii) obligatoriedad vs firmeza del laudo arbitral extranjero; y (iv) litispendencia vs prejudicialidad penal.

Ángel María Ballesteros Barros

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Cádiz

I. LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PLANTEADAS

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 15 marzo 2022 (en lo sucesivo ATSJM) (1) se dicta en un procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral por acuerdo de las partes dictado el 16 de julio de 2021 en Nueva York en el seno de la *American Arbitration Association*. De acuerdo con los antecedentes de hecho, las partes del presente proceso firmaron dos contratos por los cuales los demandados se comprometían a prestar servicios para los demandantes en el sector de las energías renovables, sometiéndose a arbitraje para resolver cuantas disputas surgieran en cuanto al cumplimiento, finalización o demás incidencias del contrato.

La parte demandante alega: (a) que los demandados incumplieron los referidos contratos, que

motivó la demanda arbitral ante la *American Arbitration Association*, ante la que comparecieron los demandados ; (b) que fruto de las negociaciones se firmó un acuerdo transaccional que fue elevado a público en virtud del cual se puso fin al arbitraje, a través de un laudo por conformidad, que admitieron como válido y ejecutable; (c) que en dicho laudo los demandados reconocieron adeudar a los demandantes la suma de 5.526.850 $, de los cuales habían sido abonados 250.000 $, pero no habían satisfecho el resto, por lo que (d) se solicita el reconocimiento en España del laudo extranjero como título ejecutivo.

La parte demandada se opone en su contestación al reconocimiento y exequátur del citado laudo arbitral, argumentando: (a) falta de aportación del laudo arbitral que reúna las condiciones para su autenticidad; (b) falta de acreditación de su firmeza y fuerza ejecutiva en el Estado de origen; (c) existencia de litispendencia dada la tramitación en España de causa penal con acción civil acumulada, existiendo conexidad e identidad de sujetos, objeto y causa de pedir.

La resolución objeto de comentario plantea esencialmente diversas cuestiones susceptibles de ser analizadas desde la perspectiva del Derecho internacional privado, a saber: (i) requisitos formales y procesales para la obtención del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero; (ii) causas de denegación del reconocimiento del laudo extranjero; (iii) firmeza vs obligatoriedad del laudo arbitral extranjero; y (iv) litispendencia vs prejudicialidad penal. Analizaremos pues cada una de estas cuestiones por separado diseccionando los razonamientos seguidos por la Sala.

II. REQUISITOS FORMALES Y PROCESALES PARA LA OBTENCIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO EXTRANJERO.

Los requisitos formales para la obtención del reconocimiento y ejecución vienen concretados en el art. IV de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY) (2) , de acuerdo con el cual la parte interesada tiene la carga de la prueba de aportar, junto con la demanda: (i) el original autenticado del laudo (o copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad); y (ii) el original del convenio arbitral (o copia autenticada).

La CNY guarda silencio sobre cuál es el procedimiento para la autenticación de estos documentos, y si deben ser o no legalizados. Ante ello, la doctrina aboga por interpretar que la ley aplicable a la autenticación y legalización de los documentos aportados será la *lex fori* del país del lugar del reconocimiento y ejecución (3) . En cuanto a la legalización, habrá de tenerse en cuenta la posible aplicación al supuesto del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la supresión de la legalización de los documentos públicos extranjeros.

Como ya hemos señalado, la parte demandada se opone en su contestación al reconocimiento y exequátur del citado laudo arbitral, argumentando la falta de aportación del laudo arbitral que reúna las condiciones para su autenticidad. Sin embargo, el motivo decae porque el laudo aportado ha sido legalizado con la correspondiente apostilla de La Haya y firmada ante Notario Público del Distrito de Columbia. Como afirma la Sala en su F. J. IV, «el laudo arbitral está debidamente autenticado, en versión original con intachable apostilla, cumpliendo las exigencias inherentes a este método de legalización de documentos a efectos de verificar su autenticidad en el Derecho internacional

privado».

En cuanto al procedimiento de reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros en España, resulta de aplicación lo previsto en el art. 46.2º LA (4) , de acuerdo con el cual el execuátur de laudos extranjeros «se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.»

Por remisión, las normas procesales aplicables serán las previstas en los artículos 52 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, viniendo la competencia atribuida a la Sala Civil de los Tribunales Superiores de Justicia ex artículo 73.1 (c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (5) .

III. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL LAUDO EXTRANJERO

El art. IV.1 CNY recoge las causas de denegación del reconocimiento del laudo extranjero que pueden ser alegadas a instancia de parte: (a) invalidez del convenio arbitral; (b) vulneración de los derechos de defensa; (c) incongruencia entre el contenido del laudo y el convenio arbitral; (d) irregularidades en el procedimiento; y (e) ausencia de obligatoriedad del laudo extranjero. Junta a ellas, el art. IV.2 CNY añade dos causas de denegación apreciables de oficio: (a) inarbitrabilidad de la diferencia; y (b) contradicción con el orden público del foro. Las causas de denegación de reconocimiento del laudo arbitral son las tasadas en el art. IV CNY, que conforman un *numerus clausus* (6) ; si bien un sector doctrinal apunta a la tendencia del Tribunal Supremo español a incluir como una causa adicional de denegación la litispendencia, esta figura parece estar subsumida dentro del motivo por contradicción con el orden público (7) .

El ATSJM descarta la invocación de litispendencia por la ausencia de los requisitos para que pueda considerarse producida

Respecto de las citadas causas, el ATSJM señala con criterio en su FJ. II que «las causas (tasadas) sobre las que puede denegarse esa pretensión de reconocimiento no pueden ser objeto de interpretación expansiva», debido a que el execuátur del laudo extranjero es «un procedimiento de naturaleza declarativa, cuyo objeto queda limitado al control por parte del Tribunal sobre los elementos extrínsecos o exteriores de la decisión arbitral extrajera que se trata de homologar, y a través del cual se otorga al laudo el carácter de título idóneo para impulsar su ejecución».

En relación con la concurrencia de las citadas causas de denegación de reconocimiento del laudo, el Auto defiende correctamente en su FJ IV que la CNY

> *«instaura un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la*

concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificarla concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir».

IV. OBLIGATORIEDAD *VS* FIRMEZA DEL LAUDO ARBITRAL

La parte demandada se opone al reconocimiento del laudo por la falta de aportación de prueba que acredite la firmeza del laudo extranjero, invocando el art. V.1º.e) CNY. Con independencia de que la carga de la prueba de esta ausencia de firmeza incumbe a quien la invoca, el argumento confunde los conceptos de firmeza y obligatoriedad del laudo arbitral.

De acuerdo con lo previsto en el art. V.1º.e) CNY, se podrá denegar el reconocimiento si se demuestra «que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia» (8) .

Esta disposición se completa con lo previsto en el art. VI CNY, según el cual

«si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el art. V.1º.e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.»

Los arts. V.1º.e) y VI CNY no establecen cuáles son los motivos por los que el laudo debería ser anulado, a diferencia del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (9) , que establece estas causas de anulación de los laudos en su art. IX (10) .

El requisito formal del carácter obligatorio del laudo le hace diferir de las condiciones previstas en los instrumentos de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en los cuales la clave está en el carácter ejecutivo de la resolución (11) . De acuerdo con el artículo 8.3º del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (12) , «una resolución será reconocida sólo si produce efectos en el Estado de origen y deberá ser ejecutada sólo si es ejecutoria en el Estado de origen.» En términos similares, el art. 39 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (13) establece que «las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva.»

El carácter obligatorio del laudo genera controversia en la doctrina y en la jurisprudencia. Para parte de la doctrina, el carácter «obligatorio» del laudo significa que no es susceptible de recurso ordinario, aunque aún pueda interponerse un recurso extraordinario (14) ; para otro sector doctrinal, el carácter obligatorio del laudo debe ser objeto de una calificación autónoma en la interpretación del art. V.1º.e) CNY (15) . En cuanto a la jurisprudencia, mientras que algunas resoluciones defienden que el carácter obligatorio de la resolución arbitral debe examinarse a la luz de las propias del Estado donde tuvo lugar el arbitraje o fue dictado el laudo (16) , otras mantienen que debe hacerse a la luz

de las normas que rigen el procedimiento de arbitraje (17) , pues en caso contrario podría incurrirse en un supuesto de *doble execuátur*, que operaría contra los principios del propio CNY, que abandonó este requisito previsto en el art. 1.d) del Convenio de Ginebra de 1927 (18) .

Por su parte, la firmeza de una resolución proviene de su carácter invariable, bien por no haber sido impugnado, bien por no admitir recurso, lo cual conlleva el efecto de cosa juzgada. Señala el art. 43 LA 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». A este respecto, se define cosa juzgada como la «institución procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una resolución judicial el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas en cuanto proyección del principio de seguridad jurídica.» (19)

Como bien señala el ATSJM, la firmeza está vinculada con el concepto de «cosa juzgada formal», definida como el «efecto que determina la inatacabilidad de la resolución firme dentro del propio proceso, es decir, cuando no cabe recurso alguno contra la resolución recaída en un proceso» (20) , que con el de «cosa juzgada material», entendida como la

> *«figura procesal que, en su sentido positivo, se refiere a la vinculación que produce una resolución judicial firme recaída en un proceso anterior respecto de la cuestión o asunto suscitado en un proceso posterior que se entiende ya ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en el primero; y, en su sentido negativo, alude al efecto de exclusión de un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso resuelto por sentencia firme, es decir, la inadmisibilidad de ese posterior proceso» (21) .*

Con acertado criterio, en el ATSJM la Sala se pronuncia por la diferencia existente entre obligatoriedad y firmeza, reiterando su Auto de 28 septiembre 2016 (22) , en cuyo FJ V manifestó que aunque

> *«el Laudo pudiera no ser firme en el sentido estrictamente procesal del término, esta Sala no puede ignorar que el art. V.1º.e) CNY no utiliza esa categoría jurídica —firmeza como cosa juzgada formal o como no susceptibilidad de recurso—, al hablar de esta causa de oposición, sino que alude a la falta de obligatoriedad del Laudo para las partes, o a que éste haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del Estado en que ha sido dictada la Sentencia o conforme a cuya ley aquélla se haya emitido».*

V. LITISPENDENCIA *VS* PREJUDICIALIDAD PENAL

La parte demandada se opone al reconocimiento del laudo por existencia de litispendencia debido a la tramitación en España de causa penal con acción civil acumulada, existiendo conexidad e identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. Este motivo no aparece entre las causas de denegación del reconocimiento del art. V CNY, sino que se fundamenta en el art. 46.1º.f) de la Ley de cooperación jurídica internacional, que prevé como causa de denegación del reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras «cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas

partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero».

El ATSJM descarta la invocación de litispendencia pretendida por la parte demandada, no solo por haber invocado incorrectamente como fundamento el art. 46.1º.f) de la Ley de cooperación jurídica internacional en lugar de la eventual prejudicialidad penal prevista en los arts. 10 LOPJ y 40 LEC, sino por la ausencia de los requisitos para que pueda considerarse producida la pretendida litispendencia. La aplicación analógica de los citados preceptos sobre prejudicialidad penal al arbitraje no resulta pacífica en la jurisprudencia, siendo la doctrina partidaria de incardinar este argumento entre los motivos de denegación del reconocimiento del laudo por contradicción con el orden público (23) .

Respecto al orden público, la Sala rechaza el argumento expuesto por la parte demandada por el cual justifica la excepción de litispendencia para garantizar la coherencia y seguridad jurídica del ordenamiento interno español que permiten interpretar que la existencia o concurrencia de un procedimiento cuya resolución pueda resultar irreconciliable con la que se pretende reconocer pueda operar como causa de denegación por considerarse contrario al orden público. El ATSJM desestima este motivo recordando la consolidada jurisprudencia constitucional que tiene establecido un criterio de interpretación restrictiva de la invocación del orden público de forma genérica como causa de denegación del reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros (24) .

.....

(1) ECLI:ES:TSJM:2022:108A.

Ver Texto

(2) BOE 11.07.1977, en vigor para España el 10.08.1977.

Ver Texto

(3) Por todos, *vid.*. M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 168-170, y F. López Antón. «Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (la aplicación del Convenio de Nueva York)», *La Ley*, vol. 2, 1985, p. 1193.

Ver Texto

(4) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE 26.12.2003.

Ver Texto

(5) Redacción tras reforma por el artículo único.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, BOE 21.05.2011.

Ver Texto

(6) Por todos, *vid.*. A.-L . Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., 2016, p. 851.

Ver Texto

(7) Entre otros, *vid.*. M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2018 , pp. 393-395, con cita, entre otras, de las SSTS de 20 junio 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2432A), 20 marzo 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5445A) y 26 septiembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5027)

Ver Texto

(8) Sobre este precepto, *vid.*. N. Darwazeh , «Article V (1)(e)», en H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto y N. Port (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 306-307.

Ver Texto

(9) BOE 4.10.1975, en vigor para España el 10.08.1975.

Ver Texto

(10) *Vid.*. un análisis detallado de este artículo en F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, «Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, n.º 1, pp. 111-124.

Ver Texto

(11) Sobre esta comparativa del CNY con otros instrumentos, *vid.*. Á.M. Ballesteros Barros, «La relación entre la convención de Nueva York de 1958 y otros instrumentos internacionales sobre jurisdicción, reconocimiento o exequátur», en A. M. López Rodríguez y K. Fach Gómez (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 135-156.

Ver Texto

(12) DO L 133, de 29.5.2009, siendo aplicable desde el 1.10.2015.

Ver Texto

(13) DO L 351, de 20.12.2012, siendo aplicable desde el 10.01.2015.

Ver Texto

(14) Así, L. Carballo Piñeiro. «Art. 46», en V. Guilarte Gutiérrez (dir.), C*omentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, *Lex* Nova, 2004, pp. 741-756, p. 751; P. Lalive, J.-F. Poudret y C. Reymond. *Le Droit de l'Arbitrage interne et international en Suisse*, Lausana, Payot, 1989, p. 460; y A. Remiro Brotóns. *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 235-236.

Ver Texto

(15) Por todos, *vid.*. M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, *op. cit*., pp. 408- 409.

Ver Texto

(16) Corte di Appello de Florencia, 08.10.1977, *Yearb. Comm. Arb*., 1979, pp. 291-292; Swiss Federal Tribunal , Switzerland, 21 febrero 2005, *X v. Y.*

Ver Texto

(17) ATS 20 julio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:9443A)

Ver Texto

(18) *Vid.*. M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, op. Cit., pp. 408-409; A. Quiñones Escámez , «Reconocimiento del laudo extranjero», en S. Sánchez Lorenzo (dir.), *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 783-843, esp. pp. 813-819.

Ver Texto

(19) Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2022.

Ver Texto

(20) *Ibíd*.

Ver Texto

(21) *Ibíd.*

Ver Texto

(22) ATSJM 11/2016, de 28.09.2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:424A)

Ver Texto

(23) *Vid.*. M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, op. Cit., pp. 343-344, con cita de la STSJ Madrid de 16.02.2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:1545)

Ver Texto

(24) STC 46/2020, de 15.06.2020 (ECLI:ES:TC:2020:46), STC 17/2021, de 15.02.2021 (ECLI:ES:TC:2021:17) y STC 65/2021, de 15.03.2021 (ECLI:ES:TC:2021:65). Recientemente *vid.*. STC 79/2022, de 27.06.2022 (ECLI:ES:TC:2022:79)

Ver Texto

La solicitud de la adopción *inaudita parte* de una medida cautelar como objeto de una demanda de reconocimiento de laudo arbitral extranjero

Auto del TSJ Madrid CP 1ª 15 marzo 2022

The request for the adoption *inaudita parte* of a provisional measure as the object of a claim for recognition of an arbitrarían award . ATSJ Madrid CP 1 15 March 2022

En esta nota se comenta un Auto en el que se rechaza una demanda de reconocimiento de laudo extranjero en cuanto que la única pretensión de la misma era que se dictase *inaudita parte* una medida cautelar contra una entidad bancaria, cuya intervención había consistido exclusivamente en emitir una garantía a primera demanda, sin ser parte ni en el contrato original ni en el arbitraje seguido en el extranjero. También se abordan los problemas de la competencia objetiva y territorial de la Sala y de la incorrecta constitución de la relación procesal. Finalmente se proponen algunas posibles soluciones a la situación.

José Luis Iriarte Ángel

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Pública de Navarra

I. ANTECEDENTES DE HECHO Y CONTENIDO DE LA DEMANDA

Los complicados antecedentes de hecho que dieron lugar a la resolución que ahora nos ocupa fueron los siguientes. Dos empresas constructoras españolas (Bauen y Marbau) celebraron un contrato con dos sociedades marroquís (Hoche Partners y Les Palmes de LAtlas) para la construcción por las primeras de un proyecto inmobiliario «llave en mano» en Marruecos del que las segundas empresas eran promotoras. Las partes se sometieron a arbitraje que se celebraría en Marruecos.

Las promotoras debían entregar a las contratistas una provisión y estas últimas a su vez debían entregar garantía bancaria para responder del buen fin de las obligaciones contractuales que habían asumido. De esta manera, La Caixa —posteriormente Caixabank S.A.— emitió garantía a primera

demanda a Hoche Partners por la correcta realización de los compromisos derivados del contrato de promoción inmobiliaria.

Ante los graves incumplimientos de las entidades promotoras, que impedían el desarrollo de los trabajos, y tras el fracaso de negociaciones amistosas, se planteó demanda ante la Corte Arbitral de Marruecos, que dictó laudo declarando básicamente que la parte contratista no había incurrido en ningún incumplimiento del contrato de obra, por lo que rechazaba condenarla a ninguna indemnización, declaró la resolución del contrato por causa imputable a la sociedad Les Palmes de LAtlas y condenó a esta última a pagar una indemnización a Marbau. Al devenir firme el laudo comenzó a ejecutarse en Marruecos.

En consecuencia, la relación subyacente a la garantía bancaria había sido declarada resuelta, sin ninguna responsabilidad para las entidades garantizadas. Sin embargo, y aunque las empresas constructoras no adeudaban cantidad alguna puesto que el contrato había sido resuelto por causas imputables a las promotoras, éstas se dirigieron a Caixabank exigiéndole el pago de la suma garantizada. Dicha entidad bancaria respondió que al no ser parte en el procedimiento arbitral no procedía cancelar la garantía, salvo que el laudo fuese reconocido en España o se le ordenase por la autoridad competente la suspensión o cancelación de la misma.

En esa situación, las dos empresas constructoras españolas plantearon lo que formalmente denominaban como demanda de reconocimiento del laudo arbitral dictado en Marruecos, pero realmente promovían únicamente una medida cautelar relacionada con el citado laudo, que ya se estaba ejecutando en Marruecos y no en nuestro país. En este sentido demandaban a Caixabank solicitando al Tribunal en el suplico de la demanda exclusivamente la adopción *inaudita parte*, en base al art. 733.2º LEC, de una medida cautelar frente a la citada entidad financiera consistente en librar requerimiento a la misma para que se abstuviese de realizar ningún pago, actuación ejecutiva o reembolso con cargo a la garantía a la que anteriormente nos hemos referido.

Planteada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia dictó Diligencia de Ordenación requiriendo la subsanación de la constitución de la relación procesal. Las demandantes presentaron escrito de alegaciones exponiendo que el reconocimiento no se dirigía contra la entidad demandada en el arbitraje, puesto que el laudo ya se estaba ejecutando en Marruecos, sino contra Caixabank, en cuanto que la resolución del contrato tenía efectos sobre la garantía bancaria que en su día se había prestado y que por tanto estaba sometida a la jurisdicción española, por esta razón se traía al procedimiento a la entidad garante, en cuanto que el laudo implicaba la resolución de la relación contractual subyacente. El Letrado de la Administración de Justicia no dio traslado de la demanda a Caixabank y procedió a dar cuenta al Magistrado ponente.

II. REFLEXIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL AUTO

1. Desestimación de la demanda y en consecuencia la denegación de la medida cautelar objeto del proceso

La Sala desestima las pretensiones de los demandantes alegando un cúmulo de motivos, pero todos

ellos traen su origen de la realidad de que en la demanda no se estaba ejercitando la acción de reconocimiento en España de un laudo arbitral extranjero, sino tan solo promoviendo una medida cautelar relacionada con un laudo marroquí, cuya ejecución ya se estaba llevando a cabo en el país donde se había dictado. Es decir, el suplico de la demanda de reconocimiento se centraba exclusivamente en la solicitud de la medida cautelar. En este sentido hay que tener claro que no estamos ante un supuesto de aplicación de lo previsto en el art. 54.2º Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC) cuando establece que «Podrá solicitarse la de adopción de medidas cautelares, con arreglo a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda», ya que no nos encontramos ante un caso en el que se pide la medida cautelar para asegurar la efectividad del procedimiento de reconocimiento. De la misma manera tampoco estamos en presencia de un proceso en el que se pide el reconocimiento en España de una medida cautelar adoptada en el extranjero, en concreto en el marco de un arbitraje desarrollado en Marruecos.

Además de la razón de base ya mencionada, la Sala alega fundamentalmente los siguientes motivos para desestimar la demanda: el citado órgano judicial carecía de competencia para resolver el asunto y la relación procesal estaba mal constituida en cuanto que la pretensión se dirigía contra quien no había sido parte ni en el contrato original ni en el arbitraje seguido en Marruecos y no se habían tenido en cuenta las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario.

2. Falta de competencia de la Sala ante la que se había planteado la demanda de reconocimiento

La competencia objetiva para resolver sobre el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros viene determinada por el art. 73.1º.c) LOPJ, que la atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Por su parte la competencia territorial está regulada en el art. 8.6º LA.

En el caso que ahora nos ocupa, la Sala, siendo consciente de que realmente no está conociendo de una demanda de reconocimiento de laudo extranjero sino exclusivamente de un pronunciamiento sobre la adopción de una medida cautelar, entiende acertadamente que carece de competencia objetiva para entrar a resolver el asunto, puesto que solo detentaría la misma si estuviese ante una auténtica solicitud de reconocimiento. Igualmente, a la hora de controlar su competencia territorial la Sala aplica el art. 52 LCJIMC, y no el art. 8.6º LA. Ciertamente las soluciones de ambos preceptos son relativamente coincidentes, pero desde el momento en que la Sala, que debe controlar de oficio su competencia en base al párrafo 4 del citado artículo, aprecia que no está ante el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero lo coherente es controlar la competencia territorial de conformidad con lo previsto en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y no con lo establecido en la Ley de Arbitraje. No obstante, en este caso con independencia del precepto que se aplique, la falta de competencia territorial del órgano Judicial parece clara puesto que el domicilio de la entidad bancaria frente a la que se solicita el reconocimiento y a la que también se refieren los efectos del laudo extranjero está domiciliada fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid.

A este respecto debemos tener muy presente que por medio del reconocimiento el laudo extranjero despliega en España sus efectos, a lo que hay que sumar que nuestro sistema, que tradicionalmente

practicaba un modelo de extensión de efectos (1) , ahora claramente lo consagra en el art. 44.3º LCJIMCl. Por consiguiente, no cabe reconocer en nuestro país unos efectos de la decisión extranjera no previstos en la misma y en el presente caso el laudo dictado en Marruecos, y que ya se estaba ejecutando en ese Estado, no preveía la adopción de una medida cautelar como la solicitada en la demanda de reconocimiento.

Por otro lado, aunque como ya hemos señalado no estamos ante un supuesto de aplicación del art. 54.2º LCJIMC, conviene recordar que cuando se solicitan medidas cautelares para asegurar la efectividad del procedimiento de reconocimiento, el órgano judicial competente para concederlas no es que el resuelve sobre dicho procedimiento sino el órgano jurisdiccional del lugar donde la resolución extranjera deba ser ejecutada, o en su defecto, del lugar donde las medidas solicitadas deban producir su eficacia. Ésta es una solución reiteradamente acogida por la jurisprudencia en decisiones como los ATS Civ 9 Octubre 2001 (2) , 27 noviembre 2001 (3) , 29 enero 2002 (4) , 28 mayo 2002 (5) y AAP Islas Baleares 3ª 4 noviembre 2008 (6) , y que actualmente tiene un cierto refrendo en el art. 8.3º LA, si bien es cierto que este precepto se refiere a las medidas cautelares relacionadas con cualquier laudo arbitral y no solamente con los dictados en el extranjero.

3. Incorrecta constitución de la relación procesal, en cuanto que la demanda de reconocimiento se ha dirigido contra quien no ha sido parte en el arbitraje seguido en el extranjero

En el Auto comentado se sostiene que la relación procesal que da lugar al mismo estaba mal constituida, puesto que la demanda se dirigía contra un tercero (un avalista del contrato) y no contra quienes fueron parte de dicho contrato. En este sentido, continúa afirmando que es necesario analizar la legitimación pasiva y por lo tanto determinar quiénes deben ser parte en el proceso de reconocimiento y concluye que *«en el presente proceso tendrán que ser, forzosamente, quienes* fueron parte en ese mismo contrato». La Sala interpreta que cuando el art. 54.3º LCJIMC dice que «La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiere hacer valer la resolución judicial extranjera», confiere al demandante el derecho de escoger entre las partes aquella contra la que quiere hacer valer la eficacia del laudo, pero el precepto no puede dar cabida a que se suplante a la parte por una figura ajena a la relación contractual original, como es el avalista, y vetando la participación de quienes fueron obligados en el contrato y por ello parte en sentido estricto. A este respecto, sostiene que existe una situación de litisconsorcio pasivo, que obliga a llamar al proceso de reconocimiento a las partes a las que concierne, o sea a las que fueron parte del contrato, y en general a las que el pronunciamiento del Tribunal pudiera deparar perjuicios. Finalmente concluye que la relación jurídico-procesal está mal constituida al no haber sido demandados quienes fueron parte en el laudo cuya homologación parece que se pretende, aunque realmente este no es el objeto de la demanda. Estas afirmaciones de la Sala merecen algunas consideraciones críticas.

Con carácter previo, y aunque sea una cuestión puramente tangencial, hay que decir que en las entidades demandantes del reconocimiento concurre indiscutiblemente, y así lo ve el propio auto, el *«interés legítimo»*, que requiere el art. 54.1º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil para poder plantear dicha demanda ; es decir, su legitimación activa no se puede poner en duda.

Cuando aborda el problema de la legitimación pasiva, la Sala confusamente en unos momentos entiende que deben ser partes procesales demandadas forzosamente quienes fueron parte en el contrato original, que posteriormente dio lugar al arbitraje seguido en Marruecos, y en otros momentos sostiene que «la relación jurídico-procesal está mal constituida, al prescindir el demandante ... de la llamada al proceso de quien fue parte en el laudo cuya homologación parece (pues en realidad no es éste el objeto central de la demanda) que se pretende». Es decir, parece emplear indistintamente los conceptos de parte en el contrato original y parte en el laudo, entendiendo que al decir esto último quiere decir parte en el procedimiento arbitral. Esta asimilación es inadmisible, puesto que se refiere a dos situaciones distintas y podemos encontrarnos con casos en los que habiendo sido parte en el contrato, sin embargo, el sujeto de que se trate finalmente no participa en el arbitraje.

Ciertamente, el art. 54.3º LCJIMC es impreciso y usa términos no muy técnicos cuando delimita la legitimación pasiva en el procedimiento de reconocimiento de decisiones extranjeras (7) . Parece claro que la demanda de reconocimiento se puede dirigir contra cualquier persona que haya sido parte en el proceso que ha originado la resolución extranjera y así lo ha señalado la jurisprudencia (8) . Pero mucho más compleja es la situación de quién habiendo participado en el contrato original posteriormente no ha sido parte en el procedimiento arbitral suscitado por dicho contrato. Los imprecisos y genéricos términos del citado art. 54.3º pueden dar lugar a interpretaciones extensivas y un tanto atrevidas. Por ejemplo, en el plano doctrinal se ha llegado a afirmar que el demandado en el procedimiento de reconocimiento «debe tratarse de una persona contra la que razonablemente puede invocarse el reconocimiento ... (= persona que ha sido parte en el Estado de origen o persona afectada en mayor o menor medida por el pronunciamiento en el extranjero)» (9) . Desde esta perspectiva pudiera pretenderse el reconocimiento contra quien habiendo sido parte en el contrato original se viese afectado en alguna medida por el laudo dictado en el extranjero. No obstante, esta última tesis, pese a ser muy sugerente, debe tomarse con mucha precaución y su aplicación debe ser muy puntual, ya que puede terminar implicando en el reconocimiento a personas poco próximas con el procedimiento original, puede dar lugar a situaciones de indefensión que propicien la denegación del reconocimiento o cuanto menos den pábulo a invocar este problema y en general es una solución que adolece de imprecisión y puede favorecer la inseguridad jurídica. En este sentido, parece más razonable sostener una tesis más ponderada consistente en defender que el demandante de reconocimiento puede plantear su pretensión *«frente a los que la resolución extranjera le autoriza a hacerlo»* (10) . En el presente caso el laudo arbitral dictado en Marruecos no autoriza a dirigirse contra Caixabank, que no tomó parte en el arbitraje e incluso en el contrato original se limitó a prestar una garantía.

No cabe plantear un procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero cuando lo único que se pide a la Sala es la adopción de una medida cautelar

En cuanto a la existencia de un posible litisconsorcio pasivo necesario hay que partir de la premisa de que el art. 54.3º LCJIMC permite al solicitante de reconocimiento limitar su pretensión a una o parte de las personas contra las que puede dirigirse en base a lo dispuesto en la resolución dictada en el extranjero (11) , por tanto, no tiene obligación de dirigirse contra todas ellas. En consecuencia, no se puede decir, como hace el auto que ahora se comenta, que deberán ser parte en el procedimiento de reconocimiento forzosamente quienes fueron parte en el contrato original. Esta afirmación no es admisible en cuanto que el demandante en el arbitraje puede no tener la obligación de demandar a todos los implicados en el contrato y obtenido un laudo favorable no está obligado a dirigir el reconocimiento en España contra todos los condenados a pagar en el mismo ni contra todos los que fueron parte en el arbitraje. Cosa distinta, es que por el contrario el art. 54.3º, pese a sus imprecisos y vagos términos, no permite traer al procedimiento de reconocimiento a quien fue un mero avalista de uno de los contratantes.

III. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE SOLUCIONES

El Auto comentado es muy correcto en cuanto a la solución final a la que llega de desestimar la pretensión de los demandantes. En efecto, no cabe plantear un procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero cuando lo único que se pide a la Sala es la adopción de una medida cautelar. Realmente en la demanda no se estaba ejercitando propiamente una acción de reconocimiento, sino tan solo promoviendo una medida cautelar relacionada con un laudo marroquí, cuya ejecución ya se estaba llevando a cabo en el país donde se había dictado.

Sin embargo, los argumentos que expone la Sala para fundamentar su resolución merecen ocasionalmente algunas precisiones críticas. Es acertada su posición, y como la justifica, en lo que respecta a su falta de competencia objetiva y territorial. Por el contrario, aunque la Sala resuelve correctamente que no se puede traer al procedimiento de reconocimiento a quien fue un mero avalista de uno de los contratantes, tiende a emplear indistintamente los conceptos de parte en el contrato original y parte en el laudo, lo que es inadmisible. Igualmente, no parece acertado, a la luz del art. 54.3º LCJIMC, sostener la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario, que obliga a que sean parte en el procedimiento de reconocimiento forzosamente quienes fueron parte en el contrato original.

En este caso la posición de las dos empresas españolas era muy complicada ante el riesgo que implicaba para las mismas la existencia de la garantía a primera demanda y el comportamiento de las dos entidades marroquís, pero el planteamiento de esta demanda de reconocimiento no tenía sentido. No conocemos los términos en los que la garantía fue constituida y por esta razón lo que vamos a decir a partir de ahora puede ser un tanto aventurado. Creemos que las empresas españolas tenían tres posibilidades: la primera era entablar una negociación amistosa con Caixabank en la que se alegase el laudo dictado en Marruecos como un argumento e incluso como un elemento de presión. La segunda consistiría en que, partiendo de que debemos recordar que las garantías a primera demanda se caracterizan por su autonomía y abstracción, de forma que el garante renuncia a discutir las incidencias del contrato cuyo cumplimiento garantiza, pudiéramos sostener que, teniendo en cuenta la naturaleza intrínseca de este tipo de garantías, todo procedimiento en el que

se intente, sea con carácter principal o con carácter accesorio, vincular la efectividad de la misma con la resolución de la relación contractual subyacente está abocado al fracaso. La única posibilidad de frenar la ejecución de la garantía sería mediante un eventual procedimiento principal en el que, tomando como base las condiciones del propio contrato de garantía, se pudiera discutir el alcance y vigencia de la misma. Pero esto pasa necesariamente por conocer con mucha precisión los términos en que la garantía fue constituida. Una tercera opción sería, al margen del procedimiento marroquí cuyas vicisitudes desconocemos, plantear en España un *exequatur* contra las empresas promotoras en el que se solicite como medida cautelar, o bien requerir a CaixaBank para que no atienda el hacer efectiva la garantía a primer requerimiento, o bien el embargo de aquellos activos bancarios de las empresas promotoras en los que tiene que ingresarse las cantidades garantizadas por parte de Caixabank. Las dos posibilidades conducen al mismo resultado, aunque la primera podría encontrarse con las dificultades de las características inherentes a las garantías autónomas.

.....

(1) M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 564-567.

Ver Texto

(2) E. Artuch Iriberri, «Nota», *REDI*, vol. LIV, n.º 1, 2002, pp. 441-445. En concreto en el Auto se dice: «... tras ponderar las diferentes posibilidades, conduce a esta Sala a considerar como criterio más seguro para la consecución de esos fines el que pasa por atribuir la competencia para adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento de *exequatur* ... a los órganos jurisdiccionales del lugar donde la resolución extranjera deba ser ejecutada o, en su defecto, del lugar donde las medidas solicitadas deben producir su eficacia. Por encima de los evidentes inconvenientes que presenta la disociación de las competencias para resolver sobre el *exequatur* y para decidir sobre tales medidas, especialmente patente a la hora de efectuar un juicio de valor sobre la apariencia de buen derecho ... y teniéndose presente que los mismos inconvenientes surgen cuando se trata de decidir sobre medidas cautelares estando en curso un procedimiento en el extranjero, se alzan los motivos que abogan por la solución propuesta, que es más respetuosa con la especial naturaleza y el especial objeto del proceso de reconocimiento, y que, además, se ve avalada por razones de diferente signo: en primer lugar, porque respeta también el carácter y la esencia de las funciones encomendadas a este Tribunal, así como el propio carácter de éste, que en el diseño actual de competencias no se quiere como órgano de instancia; en segundo lugar, porque se anticipa a la legalidad por venir y al sistema y régimen procedimental que se destina al *exequatur*; en tercer lugar, porque se sitúa la competencia en quien finalmente se encargará de la ejecución de la decisión extranjera ..., lo que redunda en una mayor eficacia y en una mayor economía procesal; en cuarto lugar, porque se abren al solicitante los medios de recurso contra la resolución que decida sobre las medidas pretendidas (arts. 735 y 736 LEC 1/2000), lo cual supone adoptar una interpretación de la legalidad favorable a la mayor efectividad de la tutela judicial y, en particular, al derecho a acceder al sistema de recurso legalmente establecido, por lo que, en consecuencia, resulta más adecuada en términos de garantías constitucionales; en quinto lugar, se evita adoptar una solución diferente a la que corresponde en los casos en que se encuentra pendiente un proceso en el extranjero, o, que habiendo recaído sentencia en éste, no se ha instado aún el reconocimiento en España de sus efectos, tratándose de supuestos que presentan una notoria similitud

con la solicitud de medidas en el procedimiento de *exequatur*; y en sexto lugar, porque es la solución a la que lleva una aplicación también analógica de otras normas ...».

Ver Texto

(3) RJ\2002\240.

Ver Texto

(4) JUR\2002\48100.

Ver Texto

(5) RJ\2002\5023.

Ver Texto

(6) AC\2009\178.

Ver Texto

(7) F. Gascón Inchausti, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 2, 2015, p. 175. J.I. Paredes Pérez, «Art. 54. Proceso», en F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 615-619.

Ver Texto

(8) Por ejemplo, en la SAP Valencia 10ª 9 febrero 2017 (JUR\2017\113081) se dice: «... la premisa de la demanda de homologación de una resolución extranjera es que se dirija contra quien fue parte en el proceso en el que se dictó».

Ver Texto

(9) A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, «Eficacia extraterritorial de decisiones», en A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 979.

Ver Texto

(10) F. Gascón Inchausti, *op. cit.*, nota 7, p. 175.

Ver Texto

(11) *Ibíd.*; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *loc. cit.*, nota 9, p. 979.

Ver Texto

Back to basics: la buena fe en el uso del arbitraje. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia el asunto C-700/20, derivada del naufragio del buque Prestige

Back to basics: good faith in the use of arbitration. On the judgment of the Court of Justice in case C-700/20, arising from the Prestige shipwreck

La presente Sentencia presenta un interés especial por su la conclusión consistente en que una resolución judicial que incorpora un laudo arbitral a los efectos de constituir un título ejecutivo, no puede considerarse como una resolución inconciliable a los efectos de denegar la ejecución en un Estado miembro requerido de una decisión emitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro, si la sentencia del estado requerido no hubiese podido dictarse de conformidad con las normas de competencia judicial establecidas en el sistema comunitario de reconocimiento y ejecución (Reglamentos Bruselas I bis y Bruselas I).

Roger Canals Vaquer

Responsable de litigación y arbitraje de Arco Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.

Profesor asociado de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Barcelona

I. PROPUESTAS DE DEBATE A PARTIR DE LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA

Apenas iniciado en el ejercicio de la abogacía, tuve la inmensa suerte (de la que, en aquel momento no era consciente), de compartir andanzas profesionales con un insigne abogado barcelonés, que a propósito de un asunto *intricado me espetó: «Los pleitos que verdaderamente merecen la pena, se resuelven con el art. 7 del Código Civil».* En aquel momento, ignorante de mí, lo que me dijo el veterano abogado me sonaba a chino. Releyendo la STJ GS 20 de junio de 2022, en resolución del asunto C-700/2020, me he vuelto a acordar de él y de la razón de tenía (como tantas otras veces). Intentaré explicar el porqué.

Mucho se ha escrito ya sobre el contenido de la Sentencia y de su significativo impacto en materia

de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el seno de la Unión Europea. Si duda, la más trascendente radica en la conclusión consistente en que una resolución judicial que incorpora un laudo arbitral a los efectos de constituir un título ejecutivo (1) , no puede considerarse como una resolución inconciliable a los efectos de denegar la ejecución en un Estado miembro requerido de una decisión emitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro (2) , si la Sentencia del Estado requerido no hubiese podido dictarse de conformidad con las normas de competencia judicial establecidas en el sistema comunitario de reconocimiento y ejecución (Reglamentos Bruselas I bis y Bruselas I).

Pero, más allá de estas muy relevantes consecuencias de la Sentencia en el ámbito de la aplicación del Derecho positivo, la resolución objeto de comentario presenta un interés adicional y, si cabe, mayor, en una doble vertiente a mi entender de más calado.

Primero, vuelve a poner sobre la mesa el que es quizás el mayor elefante en la habitación en el proceso de construcción del Derecho europeo, consistiendo éste en la convivencia (o quizás mejor recurrir al término orteguiano de la conllevancia) entre el arbitraje y el Derecho de la Unión en materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución.

Segundo; el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia del TJUE objeto de este comentario, es ejemplo de una peligrosa deriva en el uso del arbitraje, consistente en su utilización en el marco de estrategias procesales única y exclusivamente encaminadas a impedir o dificultar el posterior reconocimiento y ejecución en el foro de sentencias extranjeras pretendidamente inconciliables la sentencia interna en la que en algunos ordenamientos (como el inglés) deben transformarse los laudos domésticos para que devengan títulos ejecutivos (la habitual manifestación de este abuso es a la inversa, cuando se utiliza espuriamente la jurisdicción para impugnar la validez de un convenio arbitral ante la jurisdicción, e iniciándose simultáneamente un procedimiento jurisdiccional paralelo con el único objetivo de sabotear la vía arbitral —el conocido «Torpedo» Italiano—).

Todo ello invita a la reflexión acerca de la necesidad de abordar ambas cuestiones mediante la introducción de instrumentos normativos que aborden de frente la problemática derivada de la pendencia de procedimientos arbitrales y jurisdiccionales paralelos: la primera, mediante la introducción de determinadas previsiones en el sistema europeo de reglamentos, y la segunda, a través del desarrollo del *soft law* en materia de arbitraje comercial internacional, y en un estadio posterior, quizás mediante la reforma de los instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

II. CONVIVENCIA (O CONLLEVANCIA) ENTRE ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN. NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD

La convivencia entre arbitraje y jurisdicción en el seno de la Unión Europea ha sido objeto de tradicional y perennes polémicas doctrinales (fundamentalmente debidas a las diferencias de cultura jurídica entre el mundo del *common Law* y del Derecho continental) (3) . Como es consabido, tanto en los Convenios de Bruselas (así como en el sistema Lugano), como en los Reglamentos UE que le sucedieron (Bruselas I y Bruselas I bis), se optó por una exclusión radical del arbitraje, dejando su regulación en manos de los legisladores nacionales y del Convenio de Nueva York de 1958.

La cuestión de las relaciones entre el sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones y el arbitraje requiere de una solución perentoria para el establecimiento de reglas de litispendencia y conexidad entre arbitraje y jurisdicción

No obstante, con el transcurso del tiempo, la proliferación y el incremento en volumen del arbitraje (resultado inevitable tanto de la globalización económica como del colapso de las jurisdicciones estatales), se encargaron de hacer evidente que tal separación radical no era ya posible, y que, inevitablemente, los mundos paralelos del arbitraje y la jurisdicción acabarían inmiscuyéndose, mezclándose. Tal «contaminación cruzada» (esto es, la entrada por la puerta de atrás del arbitraje en el feudo del Convenio de Bruselas —ahora, de los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis—) se empezó a fraguar con el asunto *Van Uden* (4) , manifestándose ya con toda su crudeza en el posterior asunto *West Tankers* (5) .

Todo ello, ha desembocado en una situación en la que el legislador europeo ha optado más bien por ignorar el problema (o, mejor dicho, fingir que no existe, mirando hacia otro lado), dejando al Tribunal de Justicia el ingrato papel de lidiar con sus consecuencias, cuando alguna cuestión prejudicial le da pie a ello (6) . No obstante, ante el inevitable (y muy deseable, al menos para mi), crecimiento del arbitraje que se augura en los próximos años, tal política del *laissez-faire* no parece sostenible.

Si bien la cuestión de las relaciones entre el sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones y el arbitraje es de un hondísimo calado, y requiere de una solución global y sistemática, existen aspectos concretos que precisan de una solución a mi entender perentoria, siendo quizás la primera de la lista el establecimiento de reglas de litispendencia y conexidad entre arbitraje y jurisdicción (7) . Al respecto, ya se han barajado históricamente la introducción de diversas medidas para tratar de evitar el surgimiento y pendencia de procedimientos paralelos, tales como, por ejemplo, el establecimiento de un control judicial de la declaración de competencia del árbitro sin tener que esperar al ejercicio de la acción de nulidad (como, por ejemplo, sucede en España), examen en el que inevitablemente debería tenerse en cuenta la existencia de un procedimiento jurisdiccional previo respecto del que puedan concurrir situaciones de litispendencia y/o conexidad con el procedimiento arbitral que se promueve *a posteriori*; ello debería venir acompañado del contrapeso consistente en la limitación de la posibilidad de discutir *a posteriori* la competencia del árbitro o del Tribunal arbitral una vez ésta hubiere sido validada *prima facie* por el Juez.

Parece claro que, en esta cuestión, como en tantas otras, ha llegado la hora de pasar de las palabras a los hechos, no pudiéndose justificar la inacción en la innegable dificultad técnica que entraña (quizás, como no hay mal que por bien no venga, el Brexit brinde una oportunidad para allanar el camino a tal efecto, dado que históricamente las mayores discrepancias para abordar tal cuestión en

el seno de la UE han procedido del choque entre las visiones del *common Law* y el Derecho continental). Una buena parte de que la convivencia entre el arbitraje y la jurisdicción en el seno de la Unión sea harmónica (y no tenernos que conformar con la mera conllevancia), nos va en ello.

III. DE LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES DE BUENA FE Y DE INTERDICCIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO COMO GUÍAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* Y FACULTADES DE SUSPENSIÓN DE LOS ÁRBITROS EN PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Abordando la segunda de las cuestiones antes apuntadas, y adentrándome quizás en un terreno más pantanoso, no parece descabellado afirmar que en el supuesto de hecho que resuelve la Sentencia aquí glosada, concurren circunstancias que invitan a sospechar fundadamente que el procedimiento arbitral posterior se instó única y exclusivamente por el objetivo de obstaculizar y llegar a impedir la ejecución en el Reino Unido de las resoluciones dictadas por la Jurisdicción española declarando la responsabilidad pecuniaria de 855 millones de Euros de la aseguradora inglesa *The London Steamship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I CLUB)* (8) , sin que el procedimiento arbitral tuviese sustantividad propia.

No desconociendo que las afirmaciones que siguen parten de un cierto componente de subjetividad, a la vista del *iter* procesal y de los tiempos de ambos procedimientos paralelos (el jurisdiccional , ante la jurisdicción penal española, y el arbitral, seguido ante una institución arbitral británica), parece evidente que el procedimiento arbitral fue entablado *a posteriori* como medida de prevención para oponerse a la entonces previsible condena y posterior solicitud de ejecución que llegaría desde España.

Entre otros síntomas que conducen a tal conclusión, la cronología de ambos procedimientos resulta especialmente reveladora. Mientras que el procedimiento penal español (con el consiguiente ejercicio de las acciones de responsabilidad civil derivadas del mismo), se empezó a tramitar noviembre / diciembre de 2002 (apenas se produjo el hundimiento del buque), el procedimiento arbitral no fue instado hasta transcurridos más de nueve años (el 16 de enero de 2012), en un momento en el que ya se acercaba la vista oral y la sentencia del procedimiento penal español (que fue dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de La Coruña el 13 de noviembre de 2013). Todo ello evidencia que el procedimiento arbitral inglés fue instado con una motivación puramente reactiva o defensiva ante el procedimiento penal español cuando este ya enfilaba su recta final (habiendo transcurrido casi una década desde el inicio de su tramitación), y cuando la posibilidad de una condena en materia de responsabilidad civil se iba acercando y tomando cuerpo.

Las cuestiones que aquí se suscitan son, por un lado (i) la facultad u obligación de los árbitros de suspender el procedimiento arbitral de existir un procedimiento jurisdiccional previo entre las mismas partes y hechos, y, por otro lado (ii) el potencial impacto en la decisión de los árbitros sobre su propia competencia (en ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz*) de la existencia de un procedimiento jurisdiccional previo que pueda presentar situaciones de litispendencia o conexidad con el procedimiento arbitral.

Respecto de la primera cuestión, diversos tribunales estatales han aplicado la regla *prior tempore, potior iure,* para solventar situaciones de litispendencia en las que el primer procedimiento en iniciarse fue el jurisdiccional. Al respecto, quizás el precedente más conocido en España es el de la Sentencia del Tribunal Federal suizo Tribunal Federal suizo de 14 mayo 2002 en el asunto *Fomento de Construcciones SA c. Colon Container Terminal SA,* en la que el Tribunal decretó la obligación del árbitro de suspender un procedimiento arbitral que se encontraba en curso en Ginebra hasta que culminase el procedimiento jurisdiccional que ambas partes tenían en curso ante la jurisdicción panameña (9) . Se trata, ni más ni menos, que replicar la tradicional regla de litispendencia establecida en los reglamentos comunitarios (ahora, en el art. 29 del Reglamento Bruselas I bis), cuando la litispendencia concurre entre un procedimiento jurisdiccional y otro arbitral.

Respecto de la segunda cuestión que planteaba *supra*, parece olvidarse con frecuencia que el ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz* también conlleva su vertiente negativa, esto es, la facultado (u obligación) de los árbitros de declararse incompetentes . Al respecto, en las situaciones en las que concurre un procedimiento jurisdiccional previo entre las mismas partes y hecho que los del procedimiento arbitral que se pretende instar (como era el caso del supuesto resuelto por la Sentencia del TJUE aquí glosada), este examen debe ser aún más minucioso y prudente si cabe, por cuanto es misión inherente a la condición de árbitro velar y adoptar todas las precauciones posibles para que el laudo que se dicte en su día sea ejecutable. Una decisión errónea en este estadio del procedimiento arbitral conducirá a grandes dosis de frustración, dado que conllevará una importante pérdida de tiempo y dinero para las partes (minándose, además, la percepción de utilidad y prestigio de la institución arbitral).

Al respecto, y sin querer ser más ambiciosos, se echan de menos en el panorama internacional reglas de *soft-law que* guíen a los árbitros a la hora de decidir sobre su propia competencia en situaciones de concurrencia de procedimientos potencialmente paralelos. A mi modesto entender, debería incidirse en el examen por parte de los árbitros, además del convenio o cláusula arbitral sobre la que se insta el arbitraje, de la competencia de la jurisdicción que ya estuviere conociendo del asunto, y de la sustantividad propia del procedimiento arbitral que se insta, esto es, cerciorarse que la única, o principal, motivación de la parte instante es, o no, la obstaculización de la ejecutividad de la resolución que pueda dictarse en el procedimiento jurisdiccional ya en curso.

Y es aquí donde me viene a la memoria la sentencia de mi admirado mentor citada al inicio de estas líneas: el núcleo del ordenamiento jurídico (aquello que en lengua catalana se denominaría el *pinyol* (10)) y de las acciones que en su seno se emprendan, siempre deben venir guiadas por la buena fe y la interdicción del abuso del Derecho. Y los cimientos de las relaciones entre arbitraje y jurisdicción deben construirse sobre la base de estos dos principios universales e inderogables.

.....

(1) La Sentencia británica de la que se invocaba «inconcilabilidad» con la Sentencia española cuyo reconocimiento y ejecución se pretendía en el Reino Unido, fue dictada por la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court),* el 22 de octubre de 2013, en ejercicio de

lo dispuesto en los arts. 66.1º y 2º de la Ley Británica de Arbitraje, que en esencia, establecen que para la ejecución de un Laudo arbitral es precisa su previa «incorporación» a una Sentencia, para crear así un título ejecutivo («*(1)* An award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement may, by leave of the court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect.*(2)* Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award»).

Ver Texto

(2) Ex. art. 45.1º.c) Reglamento UE 1215/2012 (Bruselas I bis) — equivalente al art. 34.3º Reglamento UE 44/2001, al art. 27.3º Convenio de Bruselas y al art. 34.3º Convenio de Lugano).

Ver Texto

(3) Sobre la evolución histórica que llevó a la exclusión del arbitraje del sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones, *vid..* J.C. Fernández Rozas, «El Reglamento de Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro », *La Ley: Unión Europea,* noviembre de 2013, pp. 5- 23.

Ver Texto

(4) STJ 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/1995.

Ver Texto

(5) STJ GS 10 de febrero de 2009, asunto C-185/2007.

Ver Texto

(6) Sobre la ausencia de instrumentos normativos que permitan resolver situaciones de litispendencia y conexidad surgidas entre procedimientos jurisdiccionales y arbitrales paralelos, con la formulación de algunas propuestas reguladoras, *vid..* N. Bouza Vidal, «Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral y nuevos planteamientos después de West Tankers», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 3, 2009, pp. 675-708.

Ver Texto

(7) La perentoriedad de abordar determinadas cuestiones en las relaciones entre arbitraje y jurisdicción (en el marco del sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones) por el legislador europeo, se puso de manifiesto en el ya lejano 2007 con ocasión de la publicación del denominado Informe Heidelberg, *The Brussels I Regulation (EC) Nº 44/2001- The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States, Heidelberg, 2008, disponible en [<http://ec.europa.eu/civiljustice/news/ docs/study_application_brussels_1_en.pd. Study JLS/ C4/2005/03>]*

Ver Texto

(8) La responsabilidad civil de *The London Steamship Owners Mutual Insurance Association (The London P&I CLUB)* por el naufragio del Prestige, frente a una pluralidad de demandantes, entre ellos, el Reino de

España, fue declarada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 4136/2018 (ECLI:ES.TS:2018:4136), y posteriormente concretada en cuanto a su cuantía por el AAP A Coruña Pen 1366/2019, de 1 de marzo (ECLI:ES:APC:2019:1366A), resolución esta última cuyo reconocimiento y ejecución se instó por España ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court*) al amparo del art. 33 Reglamento Bruselas I.

Ver Texto

(9) Esta resolución se encuentra disponible en lengua francesa y alemana en

[<https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_similar_documents&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2022&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&;;docid=atf%3A%2F%2F143-III-578&rank=8&highlight_docid=atf%3A%2F%2F127-III-279%3Ade&number_of_ranks=1378&azaclir=clir>]

Ver Texto

(10) *Pinyol,* es una palabra de la lengua catalana que literalmente designa al hueso que hallamos en determinadas frutas (melocotones, albaricoques, aceitunas, etcétera) y que metafóricamente es utilizada para referirse a aquello que es la esencia de una determinada idea, sistema u organización.

Ver Texto

Una vez más el requisito de independencia e imparcialidad en el arbitraje se refleja en los tribunales

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3 octubre 2022

Recientemente tuve la oportunidad de comentar en este mismo medio una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que una vez más sentaba doctrina sobre lo que hay que entender respecto al exigible respeto a los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros e instituciones arbitrales en todo proceso de arbitraje. Pues bien, a reciente Sentencia del mismo Tribunal, en concreto la 7543/2022 de 3 de octubre, me permite confirmar ciertas apreciaciones vertidas entonces, matizar otras, y realizar comentarios adicionales a la vista del interesante contenido de la resolución judicial objeto de análisis.

David Jurado Beltrán

Abogado. Árbitro

El supuesto del que conoce la Sentencia básicamente se resume en los siguientes presupuestos fácticos y fundamentos jurídicos: una sociedad mercantil formula demanda de nulidad de laudo arbitral invocando el art. 41.1ºf) LA por estimar que el laudo dictado incurre en doble infracción de orden público.

En primer término por falta de imparcialidad del árbitro que lo dicta y en segundo por su pretendida falta de motivación. La primera causa se funda en una pretendida vinculación amistosa entre el árbitro y el letrado de la contraparte, y la segunda en supuestas carencias, en la motivación del laudo, que lo hacen incurrir en arbitrariedad o irracionalidad.

Por resultar ciertamente interesante el debate que suscita la demanda, y las pretendidas causas de nulidad del laudo que analiza la Sentencia, procederemos a comentarlas seguidamente en forma correlativa.

En cualquier caso merece aprovecharse previamente la coyuntura del presente análisis para reseñar

cómo el TSJC inicia el contenido de los fundamentos de derecho de su Sentencia defendiendo una vez más, creo que de forma muy acertada, los principios básicos del arbitraje, la autonomía de las partes para someterse al mismo y la circunstancia tantas veces ignorada conforme no hay que confundir el principio de tutela judicial efectiva con el derecho a una revisión judicial de los laudos.

En concreto la Sentencia nos recuerda que

> *«si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indispensable, 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... es consustancial al arbitraje que las partes acepten la decisión del árbitro al que se sometieron. Precisamente si las partes voluntariamente han renunciado a acudir a la jurisdicción es porque han sopesado las ventajas que les supone el arbitraje, singularmente la celeridad y el juicio en instancia única. Sin prejuicio de ello, la legislación ordinaria preserva el principio de tutela judicial efectiva mediante la posibilidad de instar la nulidad del laudo ante la jurisdicción por las limitadas causas establecidas en la Ley de Arbitraje. Esta posibilidad de revisión no implica trasladar al examen del conocimiento de la controversia al Juez, pues el control judicial del laudo arbitral no debe comprender el fondo del asunto».*

Tales premisas las desarrolla después la Sentencia recordando los estrechos márgenes que condicionan su juicio sobre la posible nulidad del laudo arbitral, márgenes que se delimitan de forma muy concisa:

- El examen del laudo debe limitarse a un juicio externo atinente al respeto del convenio arbitral, el cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales.
- Tal control tiene un contenido muy limitado y no debe ser considerada como una segunda instancia.
- Los motivos de anulación constituyen una lista cerrada no susceptible de ampliación y han de ser alegados y probados por quien insta la anulación salvo excepciones perfectamente tipificadas que permiten su apreciación de oficio.
- La acción de nulidad viene caracterizada por ser una acción autónoma de carácter rescisorio y se circunscribe, en su caso, a dejar sin efecto el laudo sin poder dar instrucciones o indicaciones más allá de tal declaración de nulidad.
- La acción de anulación no permite una nueva valoración de la prueba o de la interpretación de los pactos contractuales habidos, ni analizar —por regla general— la corrección en la aplicación de la ley.

Un perfecto resumen de todo lo anterior se contiene en el razonamiento con el que la Sentencia concluye su fundamento segundo:

> *«Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de Arbitraje. En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del artículo 24 del derecho a la tutela judicial efectiva».*

Se podría decir más, y con nuevos argumentos, pero no mejor y tan claro.

Como anteriormente hemos avanzado, y tras esta declaración general de principios sin duda pro arbitraje, la Sentencia procede al análisis de los dos motivos de anulación postulados, análisis que a su vez nosotros realizamos sobre los razonamientos que justifican la desestimación de la demanda por parte del tribunal.

Mediante la primera causa de nulidad, fundada en el orden público, se acusa al árbitro de falta de imparcialidad al amparo del art. 24 CE, el art. 17 LA, el art. 11 Regl. CCI, así como el artículo 24 de la propia Ley arbitral cuando garantiza los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

Como preámbulo al análisis de la causa de nulidad la Sentencia nos recuerda muy atinadamente que

> *«Todo árbitro debe ser y permanecer durante todo el procedimiento independiente e imparcial... y deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia incluyendo la existencia de cualquier circunstancia sobrevenida... Estando prevista en la Ley la recusación del árbitro incluso por hechos conocidos posteriormente al momento de la designación».*

Bajo tales presupuestos la Sentencia encuadra las sombras que sobre la imparcialidad del árbitro se sostienen en la demanda de nulidad y que básicamente se circunscriben a las siguientes circunstancias concurrentes:

- El árbitro y el abogado de una de las partes mantienen cierta relación personal, en gran parte justificada por coincidir en el «mundo» del arbitraje, lo que puede hacer dudar de su imparcialidad.
- Algunas resoluciones adoptadas durante el arbitraje, relativas básicamente a la admisión de prueba, podrían acentuar esas dudas sobre la exigible imparcialidad del árbitro.

Y todo ello lo denuncia la parte que postula la nulidad sólo tras conocer la resolución arbitral y básicamente a través del contenido de un informe de detective que acompaña a su demanda y que refleja esa vinculación entre juristas que mantienen relaciones en el ámbito del derecho y en ambientes pro-arbitraje. Ni más, ni menos.

La Sentencia ilustrativa, contiene una síntesis doctrinal acertada y que

nos recuerda las bondades del arbitraje y la perversión, desgraciadamente frecuente, de utilizar la nulidad de laudos para intentar una inexistente segunda instancia

---

Pues bien, dichos «pilares» no pueden servir para sostener una nulidad por las objetivas y poderosas razones que se razonan en Sentencia:

- De entrada, la parte no ha seguido el procedimiento convenido para recusar al árbitro, cuando aceptó la sumisión arbitral, intentando ahora una recusación encubierta que no fue instada en su día, ni fue por ello resuelta por la corte arbitral, con audiencia del árbitro como provee el reglamento al que también se sometieron las partes al suscribir el convenio de sometimiento al arbitraje.

- Es evidente que esos vínculos los podían razonablemente conocer las partes (la Sentencia refiere que bastaba una simple búsqueda en internet o incluso algunas de ellas se contenían en el propio *curriculum vitae* del árbitro) y por tanto tenían que haberse denunciado a través de los cauces marcados por la norma a la que se sometieron voluntariamente, no respondiendo a criterios de buena fe que una vez terminado el procedimiento, y ante un laudo desfavorable, se pretenda por vez primera en el procedimiento judicial oponer motivos de recusación a partir de una información sobre las actividades del árbitro que se hallaban al alcance desde el primer momento.

- En cualquier caso para la Sentencia no se estima que existieran en ningún caso motivos aptos para la recusación del árbitro:

  > *«Los motivos que se aducen, coincidencia del árbitro y uno de los abogados de una de las partes en comisiones de arbitraje en el ICAB, en congreso sobre arbitraje como ponentes, en asociaciones de fomento del arbitraje o cursos de formación sobre la materia, carecen de relevancia suficiente para entender que comprometen la imparcialidad e independencia del árbitro. Estos contactos se hallan contenidos en el listado verde de las reglas IBA y son circunstancias que ni siquiera tienen que ser reveladas, ya que por sí misma no comprometen la imparcialidad e independencia del árbitro. Cuando la Ley dice que en todo caso el árbitro no podrá tener relaciones personales ni profesionales o comerciales lo hace refiriéndose a las partes, no a sus abogados, sin perjuicio de que no sea descartable que algunas relaciones entre abogados y árbitros puedan llegar a comprometer su imparcialidad».*

- No caben en esta materia conjeturas, juicios de intenciones o sospechas no fundadas en causas objetivas. El mundo arbitral es un espacio jurídico especializado. Ello es de sobra conocido y debió de serlo también por la parte actora en el momento de aceptar la cláusula arbitral, resultando frecuente que los abogados especialistas coincidan en foros dedicados al arbitraje sin que de estos encuentros deba desprenderse, sin más, que se entablen relaciones inconfesables que comprometen su imparcialidad.

Es evidente que la Sentencia reflexiona con acierto sobre esa realidad incontrovertible que ya hemos analizado en anteriores artículos y que deriva del hecho de que el mundo arbitral resulta desgraciadamente estrecho y las coincidencias interpersonales inevitables. Resultar excesivamente escrupuloso en la exigencia de que entre los árbitros y los abogados no existan vínculos de ninguna clase llevaría a la imposibilidad de practicar cualquier arbitraje.

Tales sospechas, casi siempre interesadas, desprestigian al arbitraje y aquí la Sentencia realiza un comentario muy acertado:

> *«El arbitraje se trata de un área competitiva donde se presume que sus componentes defienden un interés común: prestigiar el arbitraje, para su utilización eficaz como medio alternativo a la jurisdicción ordinaria. Prestigio que pasa por la autoridad de los árbitros que se dedican a estas tareas y en la confianza que se deposita en ellos o en las instituciones arbitrales que los designan».*

En definitiva, la Sentencia nos recuerda que la imparcialidad de los árbitros no ha de juzgarse con la elasticidad sospechosa que se pretende en algunas ocasiones pues en tal caso el arbitraje en España resultaría inoperante, y desde luego fundar las sospechas en informes de detectives, elaborados una vez se comprueba que el laudo resulta desfavorable, y conteniendo dicho informe además métodos «dudosos» para sonsacar al árbitro algunas connotaciones negativas respecto al arbitraje concreto (como por ejemplo una llamada telefónica «interesada») no pueden constituir nunca elementos de peso que inclinen la balanza en favor de quien duda de una imparcialidad, no canalizada a través de los medios de recusación exigibles, no invocada si no hasta después de conocerse el laudo, y que en definitiva se circunscribe, respecto al motivo de la duda, sobre una relación más académica y profesional, que amistosa y estrecha.

Resulta también interesante la reserva que se realiza en Sentencia respecto al hecho de que la causa de nulidad no se hace valer a través de la letra d del art. 41.1º LA, precepto que contempla la invalidez de los laudos cuando en la designación de los árbitros, o el procedimiento arbitral, no se han ajustado al acuerdo entre las partes o a la propia Ley de Arbitraje, debiéndose reseñar que seguramente hubiera sido el cauce procedente para sostener la nulidad del laudo pero sin perspectiva de éxito en cualquier caso.

Consciente sin duda de la endeblez de sus argumentos tendentes a dudar de la imparcialidad del árbitro en base a relaciones personales, la demanda se dirigía también a dudar de la imparcialidad advirtiendo que se había producido un criterio más favorable, sobre la admisión o inadmisión de prueba, respecto a cada una de las partes.

Para el Tribunal lo anterior tampoco puede tener recorrido:

> *«El principio de igualdad no supone que si a una parte se le admiten todas las pruebas deban admitirse igualmente todas las que proponga la otra, pues la admisión depende en cada caso de su pertinencia y utilidad. No se especifica de qué modo la inadmisión parcial de la prueba testifical que tenía que aclarar supuestas irregularidades contables que no constituían la ratio del laudo, o el formato de entrega de los documentos admitidos que se describen en los hechos 8º y 11º de la*

demanda, han ocasionado una efectiva indefensión material a la parte demandante».

En base a dichos argumentos se rechaza frontalmente esta primera causa de posible nulidad del laudo reiterando doctrina que por consolidada debiera de evitar impugnaciones que poco prestigian la institución del arbitraje pues dejan siempre un «poso» de sospecha por presuntos intereses, relaciones económicas y actuaciones «de favor» que pueden llevar a la conclusión de que todo arbitraje se realiza en un contexto de relaciones interprofesionales, ligamen de intereses, y relaciones de confianza, que pueden generar sombras de duda sobre la idoneidad de los árbitros respecto a los principios exigibles de independencia e imparcialidad. Es evidente que todos aquellos que defendemos el arbitraje debemos de estar alerta para que esto no se produzca.

Finalizando el análisis sobre este primer motivo de nulidad rechazado merece realizarse una última reflexión: la Sentencia viene a decir que el sistema de recusación de los jueces es más firme y exigente que el de los árbitros, de lo que respetuosamente discrepo por cuanto siempre he defendido, y creo que es una defensa común entre todos aquellos que creemos firmemente en la institución arbitral, que las exigencias abiertas de imparcialidad e independencia de los árbitros supera claramente el marco de la recusación de un juez y resulta consustancial con la propia naturaleza del arbitraje.

Analizaremos seguidamente la denegación de la segunda causa de nulidad, fundada también en orden público al entender el demandante que el laudo no gozaba de la exigible motivación que no incurriera en arbitrariedad. Es decir, se invoca el tantas veces socorrido «cajón de sastre» del orden público intentando proyectar la idea de que la defensa etérea y genérica del mismo lo abarca todo, constituyendo muchas veces la única arbitrariedad real la que genera el propio demandante en nulidad de un laudo que tras advertir que la resolución del mismo le es desfavorable echa mano del referido «cajón» para intentar convertir la acción de nulidad en una segunda instancia, lo que para la Sentencia no puede tener recorrido ninguno por cuando esa injustificada e interesada defensa del orden público nunca puede superar sus concretos márgenes, y por ello:

- No puede corregir la aplicación del derecho realizada por el laudo.
- No puede controlar la correcta aplicación de la jurisprudencia.
- No puede revisar los hechos, ni la valoración de la prueba realizada por el árbitro, incluyéndose en este apartado la selección de pruebas que se estiman más convincentes y la credibilidad de las mismas, sin que sea preciso que el árbitro exprese como se ha realizado la correspondiente valoración.
- No cabe revisar la motivación del laudo, salvo arbitrariedad, y razonabilidad o error patente que se desprenda de su mera lectura, no exigiendo la motivación que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, si no tan sólo las que funden las razones de la decisión.
- Y no cabe exigirse que tales razones sean correctas, incluso contra el criterio del Tribunal que deba resolver su impugnación.

La Sentencia efectivamente aplica estos principios rectores, recordados recientemente en importantes Sentencias del Tribunal Constitucional que han sido ampliamente comentadas en este medio, y que bien puede resumirse en este razonamiento del TSJS, inspirado sin duda en esa previa doctrina sentada por el Tribunal Constitucional:

> *«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 sólo 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 a la controversia su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes, y al aplicar los razonamientos sobre el caso contrato el TSJC considera que basta una lectura del laudo impugnado para comprobar que no se dan esos requisitos tan exigentes de arbitrariedad o irracionalidad en la motivación, resultando plausible que el TSJC no se limite a manifestar que no encuentra esos rasgos de arbitrariedad o irracionalidad, si no que analiza motivo a motivo, de los defendidos en la demanda de impugnación, para demostrar, punto a punto, que las conclusiones del árbitro entran dentro de los cauces de lo razonable, no estamos ante salto vacío en la lógica de la resolución y en definitiva el laudo se halla motivado, razón por la que la causa de anulación invocada se desestima contundentemente».*

En definitiva, una Sentencia ilustrativa, que contiene una pormenorizada exposición de motivos, una síntesis doctrinal acertada y que nos recuerda las bondades del arbitraje y la perversión, desgraciadamente frecuente, de utilizar el cauce contemplado para defender la nulidad de laudos para intentar una inexistente segunda instancia. Una resolución judicial en fin que, prestigiando a nuestros Tribunales, prestigia al arbitraje.

La falta de motivación como causas de anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de septiembre de 2022

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado una sentencia en relación con la nulidad de un laudo por infracción del orden público al incurrir —supuestamente— en incongruencia omisiva y falta de motivación.

Fabio Virzi

Abogado de Cases & Lacambra

Rocío Villauriz

Abogado de Cases & Lacambra

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO ANALIZADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

En fecha 6 de septiembre de 2022, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó su sentencia n.º 30/2022 en el marco de un procedimiento de nulidad de laudo en el que se alegó que el árbitro único vulneró el orden público al incurrir su resolución en falta de motivación.

Para entender la decisión adoptada en esa sentencia, analizaremos las cuestiones más relevantes

relacionadas con el concepto de orden público y la falta de motivación como motivo de nulidad de laudos arbitrales.

II. LA INCONGRUENCIA OMISIVA Y LA FALTA DE MOTIVACIÓN COMO CAUSAS DE NULIDAD DEL LAUDO POR VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

La exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante) *establece 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».

Por su parte, el art. 41.1º.f) LA incluye la vulneración del orden público como causa de nulidad del laudo (1) , de forma que, en esos casos, los jueces pueden y deben revisar la decisión de los árbitros por expreso mandato legal (art. 41.2º LA).

No obstante, según la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (2) si bien cabe anular excepcionalmente una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica o irracional; cuando se hayan infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior, ello no significa que sea lícito anular un laudo arbitral por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes.

Para que se anule un laudo por falta de motivación es preciso que ésta haya sido claramente ilógica, arbitraria y absurda

En lo que respecta al deber de motivación de los laudos, debemos traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 que establece que «

> *«la motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE). Es una obligación de configuración legal del que bien podría prescindir el legislador sin alterar la naturaleza del sistema arbitral. Por lo demás, que el art. 37.4º LA disponga que "el laudo deberá ser siempre motivado (...)", no significa que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, como tampoco que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia por una norma u otra, pues para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones, aunque sean consideradas incorrectas por el juez que debe resolver su impugnación (STC 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2)».*

Así, y según esa doctrina jurisprudencial, la motivación del laudo no emana del derecho fundamental

a la tutela judicial efectiva (derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución) sino que se trata de una obligación de configuración legal que se entiende cumplida si el árbitro ha razonado coherentemente (sin incurrir en arbitrariedades) su decisión, independientemente de si el Tribunal que conozca la acción de nulidad comparta esos razonamientos y la decisión del árbitro.

III. APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID EN LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS EN ESTE DOCUMENTO

El caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 30/2022 de 6 de septiembre de 2022 trae causa de un procedimiento arbitral que tuvo por objeto varios contratos de arrendamiento suscritos por dos mercantiles que fueron resueltos por ambas partes y que concluyó con un laudo dictado el 1 de noviembre 2021 en el que, entre otras decisiones, el árbitro único concluyó que esas dos resoluciones contractuales eran conformes a Derecho.

Una de las partes de procedimiento se alzó contra ese laudo ejercitando, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una acción de anulación que se fundó en la vulneración del orden público por falta de motivación del laudo arbitral pues, según la demandante, el declarar la licitud de ambas resoluciones contractuales sería absolutamente incompatible (según esa parte la validez de una de las resoluciones haría imposible la otra).

En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dejó sentado, en primer lugar, que, según la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, mediante la acción de anulación de un laudo no puede pretenderse la revisión del fondo del asunto.

Adicionalmente, y en lo que respecta a la obligación de que el laudo esté motivado, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estableció que ésta no emana del art. 24 CE, sino que es un deber de configuración legal que se deriva del art. 37.4º LA lo que propicia que ese deber se entienda cumplido (i) si del laudo se desprenden los motivos y las razones que han llevado al árbitro a tomar su decisión y (ii) si éstos (los motivos y razones) no son manifiestamente absurdos e incoherentes.

Pues bien, a la vista de todo lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia desestimó la acción de anulación del citado laudo pues concluyó que el laudo contiene «una suficiente y lógica motivación» sin que pueda apreciarse «algún tipo de quiebra, incoherencia o contradicción».

IV. CONCLUSIONES

A la vista todo lo anterior, podemos concluir que para que se anule un laudo por falta de motivación es preciso que ésta haya sido claramente ilógica, arbitraria y absurda, no pudiéndose anular un laudo por esa razón por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas erróneas o insuficientes a ojos del órgano judicial (o de la parte que presenta la demanda de nulidad).

En caso contrario, la acción anulación del laudo se utilizaría por el poder judicial para revisar el fondo

del asunto, lo que pondría en riesgo a la institución del arbitraje, tal y como había venido sucediendo con la línea de decisión seguida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que mantuvo un concepto abierto y flexible de orden público como motivo de anulación del laudo. Y ello hasta que el Tribunal Constitucional (en las sentencias referidas anteriormente) delimitó esa posibilidad, dando así un espaldarazo al arbitraje en nuestro país.

.....

(1) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE-A-2003-23646.

Ver Texto

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020 de 15 de junio de 2020; sentencia del Tribunal Constitucional n.º 17/2021 de 15 de febrero de 20; STC n.º 65/2021, de 15 de marzo de 2021.

Ver Texto

La parcialidad manifiesta como causa de responsabilidad arbitral

En este trabajo se comentan la Sentencia 362/2020 de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de septiembre de 2020, y el Auto del Tribunal Supremo 14903/2022, de 26 de octubre de 2022, Recurso n.º. 6004/2020, en relación con la responsabilidad civil del árbitro por negligencia grave en la conducta del árbitro a la vista de los arts.17 y 21 Ley de Arbitraje español

José Fernando Merino Merchán

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

I. SENTENCIA 362/2020 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, SECCIÓN 4ª DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2020, N.º. RECURSO 383/2020 (PONENTE D. FRANCISCO TUERO ALLER)

La cuestión debatida en el recurso de apelación 383/2020 ante la AP de Oviedo, trae causa del ejercicio de una acción de responsabilidad civil frente a la actuación de un árbitro al que se le imputa falta de independencia e imparcialidad, fundándose dicha acción en el art. 21 de la Ley de Arbitraje (LA). Se aduce por el accionante, que el demandado acepto su nombramiento como árbitro pese a carecer de la necesaria independencia e imparcialidad exigida en el art. 17 de esa misma Ley, y continuando en su labor de dirimente a pesar de las repetidas recusaciones para que renunciase a su cargo, no obstante las reiteradas solicitudes presentadas a lo largo del procedimiento arbitral en ese sentido.

Como consecuencia de lo anterior tras dictarse los laudos el día 23 de agosto de 2017, se interpuso acción de anulación contra los mismos por entender que los laudos habían sido dictados en franca infracción de los arts.17 y 21 LA, articulándose esa acción bajo el ordinal 1.f) del art. 41 LA. La acción de anulación fue estimada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en Sentencias de los días 3 y 12 de abril de 2018; alegándose que el incorrecto proceder del árbitro-demandado les ocasiono importantes daños, referidos a los honorarios y gastos que hubieron de satisfacer como consecuencia del procedimiento arbitral y de los subsiguientes gastos derivados de la declaración de concurso a que se vieron abocados, por todo lo cual solicitan ser indemnizados por un total de

509.024,78 euros.

El árbitro alego la corrección de su actuación durante el procedimiento, incluido su propio nombramiento y aceptación; sosteniendo que en cualquier caso su conducta no podía ser determinante de responsabilidad civil de acuerdo con los términos del art. 21 LA; e impugnando subsidiariamente los daños reclamados, tanto respecto de su existencia como de su cuantía.

Lo cierto es que ya el Juzgado de Primera Instancia n.º. 5 de Oviedo había estimado en parte la demanda contra el árbitro, condenando a éste en su Sentencia de 2 de marzo de 2020, a que indemnizara a los actores-reclamantes a la cantidad de 323.051,26 euros, incrementada en la cantidad que resulte de aplicar el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia y, aplicándose desde la fecha de esta sentencia y hasta el completo pago el interés legal incrementado en dos puntos. Por Auto complementario de la anterior Sentencia, se completa la misma incrementándose la cantidad de 323.051 euros en 339.635,80 euros (IVA incluido).

Contra la citada resolución se interpuso por la representación del árbitro recurso de apelación remitiéndose los autos a la mencionada Audiencia Provincial de Oviedo, que procedió a desestimar el recurso de apelación, confirmando la resolución de instancia en todos sus términos, con expresa imposición al apelante de las constas procesales del recurso.

II. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO 14903/2022, DE 26 DE OCTUBRE DE 2022, N.º. RECURSO 6004/2020

La representación procesal del árbitro, interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia 362/2020 de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de septiembre de 2020. La Sala Primera del Tribunal Supremo en el Auto arriba epigrafiado, de fecha 26 de octubre de 2022, realiza un examen por vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, para verificar si se acredita por el recurrente interés casacional en los términos dispuestos en el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017; y ello conforme a lo previsto en la DF 16ª.1.5ª LEC, por la que se procedió a examinar, en primer término, el recurso de casación puesto que su inadmisión, acarrea según lo previsto en la citada DF, la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

Auto de referencia, realiza un somero pero riguroso análisis partiendo de la Sentencia 57/2020, de 2 de marzo del Juzgado de Primera Instancia n.º. 5 de Oviedo, confirmada en sus propios términos por la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, en la que, a su vez, se recogen los fundamentos 1º y 2º de las SSTSJ de Asturias 2/2018, de 3 de abril y 3/2018 de 12 de abril, en las que se argumenta que es deducible de los hechos probados la negligencia grave e inexcusable del árbitro, aunque no tuviera intención de perjudicar, pero que en definitiva, se trata de una conducta carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como árbitro, ajena a una mínima pauta de razonabilidad, que no puede ser calificada de un mero error de juicio, o de una cuestión dudosa o susceptible de interpretación.

En su recurso de casación la representación del árbitro alega en el motivo de casación que la Sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial, pues las dudas acerca de la independencia e imparcialidad en las que se basa para declararse la responsabilidad civil del árbitro, no tiene suficiente entidad para entender que se trata de una negligencia grave si no, en todo caso, se está ante un error de juicio o ante una cuestión que por dudosa es susceptible de una interpretación que nunca podría dar lugar a responsabilidad alguna.

En su Auto el Tribunal Supremo concluye declarando la inadmisión del recurso de casación al carecer este manifiestamente de fundamento (art. 483.2.4º LEC), al apartarse de los hechos probados; insistiendo el Tribunal Supremo que la calificación de la conducta del arbitrio como de negligencia grave es clara y determinante, como son los hechos en que se funda, lo que resulta conforme con la doctrina recogida de la Sentencia 102/2017, de 15 de febrero, fundamento de derecho 2º, apartado 3. La improcedencia del recurso de casación determino igualmente la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

III. NEGLIGENCIA GRAVE DEL ÁRBITRO POR MANIFIESTA PARCIALIDAD

Es determinante para apreciar la responsabilidad del árbitro, poner de manifiesto los hechos probados causantes de tal responsabilidad, tal como se recogen en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de septiembre de 2020. Estos hechos, en síntesis, son los siguientes:

El árbitro, al momento de su designación, ya actuaba como apoderado de una de las partes en el procedimiento arbitral, ejercía servicios de asesoramiento legal a las sociedades de la que formaban parte aquellos, y continuó facturando sus servicios profesionales hasta los meses de mayo y agosto de 2017 respectivamente.

En reunión del Consejo de Administración de 3 de mayo de 2016, se planteó el cese como letrado de quien iba a ser posteriormente árbitro, y si bien se acordó que no continuara como asesor de la empresa, se aceptó que siguiera como letrado en todos los juicios pendientes, por lo que su función como letrado a favor de una de las partes del procedimiento no se vio interrumpida durante la tramitación del arbitraje

En consecuencia, constituye una conclusión fáctica incontrovertida que existía desde hacía varios años una relación profesional entre el árbitro y una de las partes en los procedimientos arbitrales, lo que objetivamente da lugar a algo más que dudas justificadas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro designado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen declarado que la anulación del laudo no implica necesariamente responsabilidad arbitral, salvo que concurra negligencia grave por manifiesta parcialidad del árbitro. El simple error juicio o la negligencia leve no tiene por qué dar lugar a la responsabilidad del árbitro. Sin embargo, en todo caso, la declaración de nulidad del laudo constituye presupuesto necesario para ejercitar la pretensión de responsabilidad arbitral.

Aclarado lo anterior, es procedente recordar que en un comentario anterior de quien escribe estas

líneas para esta misma Revista («A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 de abril de 2018 y SAP Oviedo de 24 de septiembre de 2020», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 5, 2020), ya se puso de manifiesto que el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de junio de 2009, 15 de febrero de 2017 y 14 y 19 de septiembre de 2018, aun admitiendo la actual restricción de la responsabilidad del árbitro a las circunstancias concurrentes de mala fe, temeridad o dolo, indican que la negligencia cuando es grave y excede de los márgenes del error de juicio, es susceptible de generar responsabilidad civil arbitral. Este es el caso de las dos Sentencias que en este trabajo se comentan. Lo importante de esta doctrina es que evita tener que hacer un juicio de intencionalidad subjetiva sobre si la conducta del árbitro se ha producido por mala fe, temeridad o dolo. De alguna forma se objetiviza el comportamiento del árbitro huyendo de indagaciones psicológicas de acreditación altamente difícil, lo que impide una interpretación más o menos libre de la irresponsabilidad del árbitro.

Por tanto, en esa línea la primera cuestión que debe ser examinada en lo relativo a la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, es el encaje que pueda darse a estos supuestos como causa de anulación en el art. 41.1º.f) —orden público— LA; cuestión que ha sido resuelta de forma positiva tanto por la doctrina como por las AAPP y por los Tribunales Superiores de Justicia posteriormente y de la que es un botón de muestra la STSJ de Asturias d 25 de abril de 2017, cuando señala que la omisión o falta de la debida independencia e imparcialidad del árbitro puede ubicarse en el motivo del art. 41.1º.f) LA. Cuestión ésta que por cierto no fue discutida por la representación del árbitro en ninguna de las instancias judiciales.

Es claro que el árbitro era pleno conocedor de la postura que habían mantenido las partes antes de iniciarse el arbitraje y pese a ser consciente de ello, y a pesar de los reiterados escritos de abstención se mantuvo como árbitro en el procedimiento arbitral

Pues bien, ha sido un hecho constatado por el TSJ de Asturias de 3 de abril de 2018, en la que se declaró la nulidad del laudo, que el árbitro actuante puso en cuestión dudas razonables y justificadas, casi certezas, sobre su falta de imparcialidad; y, teniendo en cuenta que esa Sentencia goza de la firmeza necesaria a efectos de cosa juzgada (art. 222 LEC), en su aspecto positivo en cuanto a la declaración de nulidad de los laudos que ahora son relevantes para el examen de la responsabilidad del árbitro, sin que pueda alegarse —como mantuvo la representación del árbitro— que este último ni fue parte ni intervino en ningún otro concepto en los procesos de anulación de los laudos, porque resulta claro, que la firmeza judicial en lo concerniente a la nulidad de los laudos arrastra de por si el examen necesario de si fue causa o no de la anulación la parcialidad del árbitro y, si esta fue debida a una conducta negligente grave del mismo.

La alegación mantenida por el árbitro de que su actuación profesional era con terceras personas ajenas a las partes de arbitraje, decae definitivamente si se pone el acento en la vinculación

existente entre las partes del arbitraje y las sociedades y la continuación en las labores de asesoramiento prestadas por el árbitro. Mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que: «*nada hay aquí de terceras personas ajenas al arbitraje, pues son las mismas que luego fueron parte en esos procedimientos*». Por tal motivo entiende la plena aplicabilidad del art. 21 LA en línea con lo también mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009, 15 de febrero de 2017 y 14 de septiembre de 2018, que admiten la responsabilidad de los árbitros por los daños causados intencionadamente o mediante negligencia grave. Lo que es evidente que concurre en el caso que aquí se comenta, pues es claro que el árbitro era pleno conocedor de la postura que habían mantenido las partes antes de iniciarse el arbitraje y pese a ser consciente de ello, y a pesar de los reiterados escritos de abstención se mantuvo como árbitro en el procedimiento arbitral. Se está así ante una negligencia inexcusable, carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como árbitro.

En efecto, para examinar tal cuestión la SAP de Oviedo de 24 de septiembre de 2020, parte en su análisis de la concurrencia de tres premisas básicas: si el árbitro infringió el deber de independencia e imparcialidad que le impone el art. 17 LA (1); si de ser así, incurrió en el supuesto de responsabilidad prevista en el art. 21 de esa misma Ley (2) y, en tercer lugar, en caso de respuesta afirmativa a los dos puntos anteriores si ese proceder causo daños a los demandantes y en qué medida.

Atendiendo a la primera cuestión, es evidente que el art. 17 LA dispone que el árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial sin que pueda mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. El árbitro, además, debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. A este respecto es relevante destacar que la representación del árbitro no impugna la relación de hechos sino las conclusiones o valoraciones que con relación a ellos pueden dar lugar a la responsabilidad arbitral. Siendo revelador como hecho probado, que el árbitro, como ya se ha puesto de manifiesto más atrás, mantenía una relación profesional continuada con una de las partes en el arbitraje, devengando por ello honorarios profesionales incluso, como también se ha dicho más atrás, cuando el procedimiento arbitral ya estaba sustanciándose. En consecuencia, es palmario que el árbitro incurrió en una flagrante violación del art. 17 LA.

En cuanto a la segunda cuestión que ha quedado apuntada más atrás, hay que reseñar que la contumacia del árbitro ante las repartidas denuncias de falta de independencia e imparcialidad emitidas por la parte perjudicada en el laudo, fueron constantes y a pesar de ello el árbitro siguió adelante con el procedimiento arbitral hasta dictar laudo. En este se condenó a las partes que habían instado reiteradamente la recusación a tener que abonar doce millones de euros además de la imposición de costas y a satisfacer los gastos del procedimiento arbitral. Los socios beneficiados por el laudo instaron su ejecución y como consecuencia de la misma fueron embargados los bienes y participaciones sociales de los perjudicados por el laudo por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Gijón.

Es notorio que esa contumacia en permanecer como árbitro sin atender las razones objetivas que

hubieran dado lugar a la recusación, constituye un caso típico de negligencia grave, o lo que es lo mismo, un supuesto de omisión de la diligencia exigida con daños evaluables económicamente a una de las partes del procedimiento. En este sentido son de ejemplar ilustración las Directrices de IBA, que han encontrado proyección directa en el Derecho Arbitral español, fundamentalmente a través de las Reglas de Comportamiento Ético, elaboradas por el Club Español de Arbitraje, bajo la rúbrica de deberes de los árbitros. Y aun cuando se trate de meras recomendaciones y no de normas vinculantes, si es cierto que se trata de un *corpus ético* directamente vinculado con los arts.17 y 21 LA, que afecta al núcleo de los deberes de los árbitros y muy particularmente a su apariencia de independencia e imparcialidad, por ello es completamente acertada la SAP Oviedo 24 de septiembre de 2020, puesto que el árbitro no incurrió en un mero error o en una negligencia leve sino que siempre fue consciente de su grado de prevalimiento a favor de una de las partes con las que mantenía una constante relación profesional. En conclusión, existió una infracción del art. 21 LA, en su vertiente de responsabilidad por los perjuicios causados por una conducta de manifiesta temeridad.

Finalmente, resulta obvio que la negligencia grave del árbitro condujo a la anulación del laudo, de modo que los gastos realizados en el arbitraje resultaron totalmente inútiles por causa imputable únicamente al demandado en responsabilidad; y, por otro lado, al resultar los accionantes de la responsabilidad civil del árbitro, condenados en virtud del árbitro, estos se vieron ante la necesidad de satisfacer cuantiosas sumas, hasta un total de 24 millones de euros, superiores a los activos de que disponían, lo que les obligo a solicitar la declaración de concurso voluntario. Además, la parte perjudicada por el laudo declarado nulo, vio ejecutado y embargados sus bienes, incluidas sus participaciones sociales, como consecuencia de la ejecución del citado laudo, es por ello que la cuantificación del daño se estimó en 339.635,80 euros, IVA incluido. Siendo este importe confirmado por la SAP de Oviedo de 24 de septiembre de 2020. Así, pues, existió una relación de causalidad entre la conducta negligente del árbitro y los daños causados a una de las partes en el arbitraje, cuyos importes quedaron acreditados en la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo y en los autos de juicio ordinario 457/19 del Juzgado de Primera Instancia n.º. 5 de Oviedo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los términos literales del art. 21.1º LA 2003 supuso una considerable restricción del ámbito de la responsabilidad del árbitro, de manera que una interpretación estricta y literalista de ese precepto, prácticamente crearía una cuasi impunidad del árbitro, debido a que en cada caso habría que asumir la carga de la prueba de la concurrencia de la mala fe, temeridad o dolo, a la parte que quiera exigirla. Esta restricción no tiene un fundamento claro y es posible que se debiera a la precipitación con la que se tramito el proyecto de Ley de Arbitraje de 2003, pues como es sabido, en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, el citado precepto seguía la tradicional tendencia asumida ya por la Ley 36/1998. Fue en el Senado, en cuya Cámara el proyecto que estuvo escasamente una semana, se cambiaron los términos de dicho precepto, gracias a una sorpresiva enmienda de última hora del Grupo parlamentario CIU n.º 89 dándose la redacción definitiva que hoy conocemos del art. 21.1º LA.

Ahora bien, se ha de reconocer que no cabe admitir fuga alguna en la responsabilidad civil del árbitro, porque eso pondría en cuestión no solo la institución arbitral como medio de solución de conflictos sino también pondría en entredicho el principio de seguridad jurídica (art. 9.1º y 3º CE) y la cláusula del Estado de Derecho consagrada en el art. 1.1º CE. El árbitro no es ni puede ser un sujeto privilegiado *solutus est* sino que debe responder de todos sus actos en el ejercicio de su función arbitral como coadyuvante de la justicia.

En ese sentido ha sido gracias a la labor de cierta doctrina y de la jurisprudencia, el que ese ámbito cerrado de responsabilidad arbitral haya sido abiertamente cuestionado, sobre todo cuando la conducta del árbitro incurre en negligencia grave, entendiendo ésta como una violación flagrante de un deber legal con respecto a los derechos de los demás, lo que supone un desentendimiento consciente y voluntario en la falta de condiciones para ser aceptado como árbitro y la continuidad de éste en el procedimiento arbitral, susceptible de causar daños evaluables a alguna de las partes del procedimiento, que estas no tienen el deber de soportar por implicar una quiebra en sus garantías. En este sentido las Sentencias comentadas en estas líneas al identificar la conducta temeraria del árbitro con la negligencia grave, constituyen un baluarte de seguridad jurídica que beneficia no solo en particular a los operadores perjudicados por el árbitro sino a toda la institución arbitral dándole la credibilidad necesaria para identificarla con la propia jurisdicción del Estado en la resolución de conflictos (*vid.*. SSTS 22 de junio de 2009, 15 de febrero de 2017 y 14 de septiembre de 2018).

Por consiguiente, y en resumen, las aportaciones de la Sentencia 362/2020 de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de septiembre de 2020, y el Auto del Tribunal Supremo 14903/2022, de 26 de octubre de 2022, Recurso n.º. 6004/2020, son las siguientes:

1. La aparente cuasi inmunidad arbitral recogida en el art. 21.1 LA, es solo eso, apariencia, la negligencia del árbitro cuando es grave, causada por actos voluntarios y conscientes susceptibles de alterar el principio de igualdad (art. 24.1 LA), tanto en el procedimiento de designación como en la sustanciación de mismo, origina, sin más la responsabilidad civil del árbitro, previa declaración de nulidad del laudo dictado. Y esto es así para que las garantías de la institución arbitral sean del todo creíbles.

2. En esos casos, por regla general, no cabe la admisión del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, si la parte recurrente se aparta de los hechos probados en las instancias judiciales inferiores, siendo así que la improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal en tanto está vigente el régimen provisional previsto en la DF 16ª.1.5ª LEC.

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones destacadas dictadas por los Tribunales españoles

NO EXISTE UN ERROR CLARO Y MANIFIESTO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA QUE PUDIESE SUPONER LA EXISTENCIA DE UNA INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN DICHA VALORACIÓN (STSJ PAÍS VASCO CP 1ª 11 ENERO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Orden público — Valoración de la prueba anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 11 enero 2022, recurso n.º 27/2021 (ponente: Manuel Ayo Fernández) desestima una acción de anulación contra el laudo arbitral dictado por Órgano Arbitral Unipersonal de Euskadi (Kontsumobide), con las siguientes consideraciones:

«(...) Trasladando lo anterior al arbitraje, un laudo únicamente contravendría el orden público si careciese de una motivación efectiva, fundamentada en Derecho —salvo que sea en equidad, obviamente—, o si, disponiendo de ella, pudiese considerarse arbitraria o voluntarista, una motivación aparente; no nos encontramos ante una apelación en la que quepa una revisión de lo ajustado a Derecho de la resolución —que subsanase el eventual desacierto del árbitro— sino ante una acción impugnatoria con causas tasadas de control, y que en lo material se limitan a la verificación del respeto a los principios básicos de nuestro sistema. Cuando las partes aceptan voluntariamente someter sus discrepancias a arbitraje, sea por rapidez, confidencialidad u otros motivos, están renunciando a un control global de los Tribunales de Justicia sobre la cuestión debatida, aceptando la resolución que en el laudo se refleje, siempre que respete los principios básicos de nuestro sistema, que en el procedimiento exista igualdad de armas, y, asumiendo, por tanto, el riesgo del error in iudicando del encargado de laudar, que en ningún caso supondrá la nulidad del laudo; razonamiento que establecimos, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 9 diciembre 2019».

«(...) Entrando en el análisis del motivo alegado no se puede acoger el mismo y estimar su pretensión de nulidad por cuanto no existe un error claro y manifiesto en la valoración de la prueba que pudiese suponer una vulneración de los principios básicos de nuestro sistema jurídico, no pudiendo estimar que existe una infracción del orden público porque haya podido existir un eventual error en la valoración de la prueba. Pero es que, además, dicho error valorativo tendría que ser tan evidente que se pusiese de manifiesto sin necesidad de recurrir a ningún tipo de argumentaciones o razonamientos, siendo un hecho plenamente verificable dado su carácter incontrovertible y desde luego debiera de tener una relevancia fundamental

en orden a la resolución —en este caso un laudo— que se dicte y por lo tanto que tenga unos efectos relevantes para quien lo alegase y en este caso, aunque la existencia del error pudiera determinar que el pago que tendría que efectuar el demandante a Vodafone fuera inferior al que se le reclama, lo cierto es que no se constata el mismo de una manera evidente y, por el contrario, nos encontramos con una valoración razonable de la prueba practicada y concretamente de la documental aportada por la parte reclamada ahora demandada y por consiguiente debe desestimarse el motivo de impugnación invocado».

EL CRITERIO SEGUIDO EN EL LAUDO ARBITRAL PODRÁ SER DISCUTIBLE CASO POR CASO PERO NO COMPORTA INDEFENSIÓN NI VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 17 ENERO 2022)

Arbitraje — Asociación para el ejercicio de la mediación y arbitraje — Acción de anulación — Incongruencia *extra petita* — Indefensión — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 17 enero 2022, recurso n.º 16/2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño), desestima una acción de anulación contra un arbitraje administrado por la Asociación para el Ejercicio de la Mediación y Arbitraje. De acuerdo con la presente decisión:

«(...) Lo primero que ha de decirse al respecto es que lo que en realidad estaría denunciando la aquí demandante no sería propiamente una vulneración del orden público (procesal), sino más bien, específicamente, la indefensión, es decir, que no ha podido "hacer valer sus derechos" (art. 40.1º.b LA). Las normas de la LEC sobre la distribución de la carga de la prueba no constituyen orden público, como se deriva del hecho de que una institución arbitral, o las partes del arbitraje, pueden establecer otras. Lo relevante es, pues, si es cierto que la declaración de hechos probados o no probados parte de un criterio sobre la distribución de la carga probatoria que haya hecho imposible o extraordinariamente difícil a una de las partes defender sus derechos, es decir, si le ha causado indefensión. Este es el parámetro desde el que ha de valorarse el fundamento de este primer motivo impugnativo del laudo (...).

Al respecto debe señalarse que el laudo no se funda en la premisa de que la parte compradora debía probar, en el procedimiento arbitral, qué documentos fueron aportados y cuáles no durante la due diligence*. No le atribuye la carga de la prueba sobre ese aspecto. Una lectura atenta del laudo permite entender su línea argumentativa de una manera diferente a la habilísimamente sugerida en la demanda. El laudo se asienta en las siguientes premisas: a) En primer lugar, al tratarse de condiciones suspensivas que limitan la eficacia de un contrato ya celebrado, cuya eficacia se hace depender de una valoración a efectuar por la parte compradora sobre bases constatables, el examen de la controversia sobre el resultado de la* due diligence *ha de ceñirse a la literalidad estricta de los diez elementos cuya falta de acreditación facultaría a M.B. para liberarse de las obligaciones de compra asumida, y ello sin perjuicio de la facultad resolutoria genérica basada en el art. 1.124 Cc para el caso de cualquier incumplimiento contractual de entidad. b) La resolución como consecuencia del incumplimiento de las condiciones suspensivas requería, según el contrato, una comunicación formal dentro de plazo (es decir, antes del transcurso de diez días hábiles desde la conclusión del período fijado para la realización de la* due

diligence*), formulando los reparos advertidos. Y esta es la clave fundamental en la lógica argumentativa del laudo: la carga que se atribuye a la parte compradora no es la de probar en el arbitraje que las condiciones suspensivas no se cumplían (o que no se acreditó en la due diligencia que se cumplían). Lo que literalmente dice el laudo en su parágrafo 85 es que " las evidencias que fundamenten y acrediten hechos que deban haber tenido lugar dentro de [los plazos pactados], deben haberse puesto a disposición de la contraparte también dentro del plazo contractualmente pactado. Dicho de otro modo, a la compradora se le exige acreditar que formuló conclusiones sobre la* due diligence *en modo que permita tener objetivamente por acreditado el incumplimiento de alguna de las condiciones subjetivas. No está diciendo que debiera probar que ciertos documentos no se aportaron, sino que debió haber expresado qué documentos requirió que fueran fundamentales por cuanto de su falta de aportación debiera deducirse que las condiciones no se cumplían. c) Sobre tal base el laudo analiza minuciosamente cada uno de los reparos expresados en la comunicación de 6 febrero 2020, denominada "conclusiones provisionales". En dicha comunicación se aludía a numerosos requerimientos de información y documentación que no habrían sido satisfechos por la parte vendedora, "por lo que no ha podido efectuarse de forma adecuada un informe final de Conclusiones de la* Due Diligence*". Y es sobre esa imposibilidad de constatar la concurrencia de alguna de las condiciones suspensivas en lo que la compradora justificaba su facultad de desvincularse del contrato. d) El laudo no da valor a la genérica invocación de los requerimientos de información y documentación no satisfechos, sino que, con criterio sin duda defendible, se limita a analizar las incidencias concretas señaladas en la comunicación de 6 febrero 2020. No basta, desde luego, con decir que no se ha recibido la documentación requerida (mera alegación de parte), sino que es exigible para desvincularse del contrato señalar qué documentos han sido requeridos y no aportados, pues esto es lo que desplazaría a la otra parte la carga de probar que sí fueron aportados. Obsérvese que en el laudo en ningún momento pone en duda que alguno de los documentos que, en concreto, la compradora señala como no aportados, no lo hayan sido. Lo que hace es valorar si de su falta puede inferirse que alguna de las condiciones suspensivas podía darse por no concurrente. El criterio seguido podrá ser discutible caso por caso, pero no comporta indefensión ni, desde luego vulneración del orden público. Pertenece al ámbito interpretativo y de valoración probatoria de competencia arbitral. La lectura del parágrafo 86 del laudo refleja una valoración de cada una de las objeciones formuladas por M.B., suficientemente argumentada y coherente de las premisas expuestas anteriormente: la acreditación de un contrato no requiere necesariamente la aportación del documento firmado si consta la existencia de la "relación contractual"; en cambio, la falta de constancia de prestación de servicios y facturación no pueden invocarse para acreditar la inexistencia de un contrato cuya existencia se exigía como condición suspensiva, cuando sí se aporta el documento firmado; no basta con aludir a desajustes o indeterminación de datos por ausencia de documentación sobre los estados financieros (lo cual puede ser relevante en un proceso normal de* due diligencia precontractual*), sino que ha que concretarse qué aspecto concreto de los señalados como condición suspensiva es el que falla, de tal modo que pueda ser comprobado por la otra parte y eventualmente por el árbitro; la "existencia de operaciones en al menos 35 ciudades" no requiere la existencia de establecimiento o centro de logística, sino que basta con acreditarse que se prestan servicios; la capacidad financiera para hacer frente a las necesidades de financiación no es incompatible con la constancia de haber recurrido a dos préstamos bancarios; otros documentos que sí se señalan como no aportados no tenían relación directa con las condiciones suspensivas pactadas, ya sea por su contenido o por el período temporal; etc. e) De todo ello concluye el laudo que ninguno de los reparos comunicados por la compradora en su documento de 6 febrero 2020 ha*

resultado concluyente para fundamentar la resolución del contrato. En definitiva, no es que no haya probado que no se le aportó la documentación requerida (el árbitro no entra a valorar si la documentación requerida fue o no aportada o entregada, y en ningún momento parte de que sí lo fuera), sino que el documento de 6 febrero 2020 no mencionaba ninguna documentación que hubiese sido requerida y cuya ausencia condujera a concluir que alguna de las condiciones suspensivas no se cumplía. Siempre sobre la base de que correspondía a la compradora la comunicación concreta y definitiva, dentro de plazo, de las causas concretas por las que entendía incumplida alguna de las condiciones suspensivas. O dicho en términos de la cláusula undécima, era "de las conclusiones de la Due Diligence*" de las que había que "demostrarse" que concurre alguna de las diez circunstancias previstas como condición que facultaban para la resolución. 3 No es, pues, tanto una cuestión referida a la carga de la prueba referida a la documentación que obraba en poder de la parte vendedora al tiempo de la controversia. El laudo no considera aportado ningún documento que en su comunicación de 6 febrero 2020 la compradora hubiese identificado y concretado como requerido y no aportado. La decisión del laudo se funda más bien en una interpretación del alcance de los diferentes puntos de la cláusula undécima del contrato y de la suficiencia de los argumentos invocados en dicha comunicación para no dar por acreditados esos puntos y justificar la resolución del contrato. En consecuencia, no concurre la causa de nulidad invocada».*

«(...) Se reprocha también al laudo haberse pronunciado sobre la pertinencia de la resolución del contrato efectuada por la compradora, cuando no había sido solicitado expresamente por ninguna de las partes. La objeción es inconsistente. La facultad de la compradora de resolver el contrato por incumplimiento de las condiciones subjetivas estaba prevista en el apartado primero de la cláusula undécima, como la consecuencia natural de la falta de constatación en plazo de alguna de las diez circunstancias que suspendían la eficacia del contrato. En la medida en que la demandante en el procedimiento arbitral instaba la aplicación de la cláusula penal, ello comportaba como presupuesto lógico la declaración de no ser pertinente la resolución del contrato sobre la base de la cláusula undécima (sin perjuicio de la facultad de resolver por otros incumplimientos que quedaron expresamente fuera del arbitraje), por lo que sin duda ha de entenderse tácitamente solicitada, sin que quepa calificar el laudo como incurso en incongruencia extra petita».

«(...) Por último, se considera que el pronunciamiento del laudo relativo a la condena al pago de la cantidad fijada en la cláusula penal es nulo por no estar dicho aspecto incluido en la cláusula de sumisión a arbitraje y ser por tanto materia que habría de dilucidarse en sede arbitral. Es cierto que la cláusula de sumisión a arbitraje no hacía referencia a la aplicación de la cláusula penal. También es cierto que no resultaría impensable, en abstracto, que tal aplicación admitiese modulaciones, por lo que la cuestión tiene relevancia, al no ser una consecuencia absolutamente automática. Pero la impugnación no puede prosperar porque la sumisión a arbitraje de tal extremo se produjo en el momento en que se incluye como materia controvertida y se formula como petición expresa en la demanda arbitral, sin que la parte demandada opusiera ninguna objeción en ningún momento del procedimiento arbitral».

[*Véase Elena Sevila, «A vueltas con la carga de la prueba y el orden», en la sección Notas de Jurisprudencia,* supra]

NULIDAD DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO POR ÁRBITRO ÚNICO DEL COMITÉ

JURISDICCIONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL AL DECIDIR SOBRE MATERIA NO SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE (STSJ MADRID CP 1ª 18 ENERO 2022)

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol — Acción de anulación — Laudo arbitral — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 18 enero 2022, recurso n.º 33/2021 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) declara nulidad del laudo arbitral dictado por árbitro único del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol en fecha 13 mayo 2021 (Expediente n.º 61) al decidir sobre materia no susceptible de arbitraje. De acuerdo con la presente decisión:

«(...) — Establecidos los principios generales que resultan aplicables al supuesto planteado, lo primero que debemos destacar es la aceptación en la contestación a la demanda (se presenta incluso como extraño allanamiento) de los postulados nucleares sobre los que se propugna la anulación de la resolución del Comité de la RFEF: se admite llanamente que no puede extender o ampliar su conocimiento a cuestiones derivadas del contrato laboral, dado que éstas solamente pueden ser resueltas por los órganos jurisdiccionales.

1.- A la luz de tan importante admisión, lo primero que debemos advertir es la manifiesta diferencia de contenidos existente entre el laudo o resolución cuya nulidad se pretende, y lo que en la contestación a la demanda se nos dice que aquél expresa. En la resolución impugnada (consta en la prueba documental obrante en las actuaciones al folio 322) se rechaza la consideración de la "ruptura" del contrato de trabajo que unía a las partes como despido, y se afirma que constituye un "cese", declarándose competente el organismo de la RFEF para determinar la cantidad indemnizatoria que corresponda reconocer al entrenador por esta causa. Absolutamente nada se analiza sobre los efectos de la licencia federativa a la que tanta atención se dedica en la contestación a la demanda; nada se aborda en torno a cuestiones de disciplina deportiva; ninguna reflexión se contiene acerca de los límites para competir en los torneos profesionales de ámbito estatal bajo tutela de la Federación; y tampoco se menciona siquiera la obligación de consignación de las mensualidades retributivas pendientes de pago para evitar la tramitación de la cancelación de la licencia. En definitiva: no se aborda ningún aspecto federativo, administrativo o deportivo. Por el contrario, lo que se decide es que el Club Deportivo Lugo ha de abonar al entrenador (según la RFEF cesado y no despedido) una indemnización.

2.- Esta interpretación de lo sucedido no se compadece con el resultado de la prueba. Al folio 299 de las actuaciones consta la carta de fecha 24 abril 2021, remitida por el CD Lugo al entrenador contratado, participándole su "despido disciplinario" de conformidad con lo previsto en los arts. 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores. Bajo ningún prisma razonable puede obviarse tan palmaria y expresiva actuación, ni rechazar que el conflicto surgido a raíz de ello entre las partes encuentra su contexto jurídico en el ámbito laboral, precisamente al que —en una dualidad procesal ciertamente forzada— acudió el propio entrenador, al promover demanda en los Juzgados de lo Social de Lugo. Asiste la razón a la parte demandante de nulidad en cuanto sostiene que la calificación del despido resulta determinante a la hora

de concluir si procede o no el abono de indemnización alguna, dado que, si el despido fuese considerado acertadamente realizado (como disciplinario) el trabajador carecería de derecho a indemnización. Y esto —cuestión verdaderamente nuclear— se rechaza expresamente como hecho relevante en la resolución del Comité federativo. A juicio de esta Sala, no puede despreciarse tan importante elemento, y menos con la contundencia que se hace en la resolución, pues de su realidad depende la afirmación de la propia competencia del órgano arbitral, que parecía dispuesto a examinar sus limitaciones en esta faceta (en el FJ primero de la resolución) pero la pasa por alto, limitándose a trascribir los arts. 43 y 163 del Reglamento General de la RFEF, sin ponerlos en relación con la cuestión que la propia entidad deportiva denunció ya entonces, alegando que la controversia solamente podía ser objeto de resolución ante la jurisdicción social. Ante la reclamación efectuada por el entrenador al Club Deportivo Lugo "correspondiente ante su cese" (dice la resolución), el Comité arbitral niega los efectos del burofax con la carta de despido poniéndola en relación con un comunicado de prensa emitido por el Club, en el que se llega a agradecer los servicios prestados a la entidad por D. Hermenegildo. Entendemos que este tipo de declaraciones (comprensibles en su estilo y formato dentro de los cauces protocolarios) no pueden sobreponerse a un documento de naturaleza y eficacia estrictamente jurídica como es una carta formal de despido, en la que se notifica al trabajador contratado su motivo: disciplinario. La justificación o no de esta vía específicamente contemplada en el Estatuto de los Trabajadores habrá de ser examinada y valorada por un órgano jurisdiccional, y excede por lo tanto —como viene a reconocer el hoy demandado — de las competencias administrativas y deportivas que vienen atribuidas a la RFEF. Todo lo anterior conduce a una simple conclusión: el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol ha invadido un terreno que no le corresponde conocer dentro de sus concretas competencias, y por lo tanto, al reconocer a un entrenador una indemnización que éste reclama como consecuencia de su despido disciplinario (no puede eludirse esta causa bajo el eufemismo de "cese") se ha pronunciado sobre una materia propia del núcleo de los derechos laborales, y en consecuencia sometida al principio de exclusividad jurisdiccional. La materia no era arbitrable, y por ello, concurre con claridad la causa establecida en el art. 41.1º.e) LA, lo que acarrea la consecuencia de nulidad de la resolución impugnada».

[Véase Yeray Romero Matute, «A vueltas con el Comité Jurisdiccional de la RFEF, la nulidad de los laudos arbitrales y la competencia de los tribunales del orden social», en la sección Crónicas de jurisprudencia, supra]

PROCEDE LA ANULACIÓN DEL LAUDO POR LA INDEFENSIÓN PROVOCADA POR LA CELEBRACIÓN DE LA VISTA SIN LA COMPARECENCIA DEL REPRESENTANTE LEGAL PESE A HABER COMUNICADO CON ANTERIORIDAD SU IMPOSIBILIDAD DE COMPARECER (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 20 ENERO 2022)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de transportes — Arbitraje en el marco de la Administración Pública — Covid-19 — Indefensión— Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 20 enero 2022, recurso n.º 19/2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño), anula un laudo arbitral emanado de la Junta Arbitral de Transportes.

«(...) La acción de anulación del laudo se fundamenta en la indefensión provocada por la celebración de la vista en el expediente arbitral sin la comparecencia de su representante legal y administradora, pese a haber comunicado con anterioridad, vía telefónica y correo electrónico, su imposibilidad de comparecer en observancia de las normas sanitarias entonces vigentes como consecuencia de la pandemia de Covid-19, al haber sido avisada en esa misma mañana de haber estado en contacto con una persona infectada. La comunicación de tal circunstancia no provocó la suspensión de la vista, al parecer, por desconocimiento de la Junta Arbitral de Transportes, al haber sido recibida por correo electrónico con una antelación de pocos minutos, sin que tal circunstancia pueda reprocharse a la hoy actora por cuanto no consta tardanza por su parte en la comunicación de tal circunstancia a la Junta Arbitral. La demandada se ha allanado a la pretensión de la actora. No aparecen razones de orden público para no declarar, por conformidad de ambas partes, la nulidad del laudo fundamentada en la causa esgrimida por la actora. Segundo».

«(...) Al tratarse de un arbitraje en el marco de la Administración Pública y sujeto a la Ley de Procedimiento Administrativo con carácter supletorio, la consecuencia de la nulidad del laudo por quebrantamientos procesales ha de ser, según tiene establecido esta Sala, la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el vicio determinante de la nulidad. En este caso, pues, al momento inmediatamente anterior a la celebración de la vista, debiendo procederse a nuevo señalamiento».

SI LA ACTORA QUIERE PEDIR LA EJECUCIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS QUE LE CONVENGAN DE UN LAUDO CCI DICTADO EN PARÍS HA DE SOLICITAR PRIMERO EL RECONOCIMIENTO, Y PUEDE HACERLO RESPECTO DE TODAS O ALGUNAS DE LAS SOCIEDADES QUE HAYAN RESULTADO CONDENADAS (ATSJ ANDALUCÍA CP 1ª 10 FEBRERO 2022)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Laudo de la corte internacional de arbitraje de la CCI — Convención de Nueva York de 1958 — Derecho internacional privado — Procedimiento arbitral multiparte — Execuátur: si.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 febrero 2022, recurso n.º 3/2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por la demandada y otorga el reconocimiento y declaración de ejecutoriedad en España al laudo arbitral dictado en París por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de 27 agosto 2019. De acuerdo con este fallo:

«(...) Concurren todos los requisitos formales exigidos por el Convenio de Nueva York (...) Por la demandada se opone vulneración del orden público, consistente en la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse formulado la demanda de execuátur contra las demás entidades que fueron parte en el procedimiento arbitral, lo que considera como un intento de aislar artificialmente la ejecución de partes del dispositivo del laudo arbitral a fin de dotar de ejecutividad sólo a aquellos pronunciamientos que le interesan a la actora. Subsidiariamente, solicita que se llame a este procedimiento a B.G.F. EURL y

a KPM SUN I.L. No puede prosperar el motivo de oposición esgrimido. Es cierto que se trató de un procedimiento arbitral multiparte, con reclamaciones recíprocas entre varias empresas, y que el laudo resolvió la controversia estableciendo un "entramado de responsabilidades" en el que se condenaba a las diferentes empresas a pagar determinadas cantidades a las otras por conceptos y títulos diferentes. Sin embargo la vulneración del orden público que puede impedir el reconocimiento de efectos de un laudo dictado en un procedimiento de arbitraje internacional ha de producirse en el propio laudo, lo que no ocurre en este caso: en efecto, en el procedimiento arbitral del que dimana no se produjo indefensión a ninguna de ellas. No puede, pues, denegarse el reconocimiento de efectos del laudo arbitral, pues este no tiene ninguna tacha que lo impida conforme al Convenio de Nueva York. Otra cosa es que por deber apreciarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no pudiera entrarse en el fondo en este procedimiento judicial. Pero tampoco es así, pues en realidad la actora solicita el reconocimiento del laudo en su conjunto (no sólo de algunos pronunciamientos del mismo); y el que lo pretenda sólo respecto de una de las empresas (que resulta deudora y acreedora, al mismo tiempo, como consecuencia del laudo) se debe a que la demandada es la única respecto de la que este Tribunal tendría competencia, al ser la única que está radicada en Andalucía. Dicho de otro modo, si la actora quiere pedir la ejecución de los pronunciamientos del laudo que le convengan, ha de solicitar primero el reconocimiento, y puede hacerlo respecto de todas o algunas de las sociedades que hayan resultado condenadas; y respecto de la demandada en este procedimiento, debía solicitarlo en este tribunal, por razones de jurisdicción y competencia. La Sala ignora si la actora ha solicitado el execuátur en los otros tribunales competentes respecto de las otras dos empresas, así como ignora si la aquí demandada ha procedido de igual modo. Lo cierto es, insistimos, que la actora tiene derecho a pretender la ejecución del laudo frente a la aquí demandada y para ello es necesario solicitar su reconocimiento, y será una vez que interponga en su caso demanda ejecutiva en el Juzgado competente para la ejecución cuando podrán hacerse valer las compensaciones que resulten del contenido total del laudo reconocido. En definitiva, no hay litisconsorcio pasivo necesario. Del mismo modo que el acreedor (por título arbitral) puede instar la ejecución respecto de uno sólo de los varios deudores y renunciar a la ejecución respecto de los restantes, puede también, instar el reconocimiento del laudo sólo respecto de uno de los condenados, lo que en este caso puede deberse a razones de competencia territorial como antes se ha indicado. El reconocimiento obtenido no servirá a la aquí actora para ejecutar el laudo respecto de B.G.F. EURL, ni respecto de KPN SUN I.L., pero sí respecto de la aquí demandada, quien a su vez podrá en el mismo procedimiento de ejecución hacer valer los pronunciamientos del laudo que le convengan, pues el reconocimiento o execuátur del laudo lo es en su totalidad, sin descomposición de partes. Salvada la objeción del litisconsorcio pasivo necesario, la Sala únicamente ha de constatar si el laudo, en sí mismo, reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento. Y no esgrimiendo la demandada ninguna objeción relativa al laudo en sí, ha de estimarse la demanda, con la correspondiente condena al pago de las costas».

LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN NO CABE EN EL CASO DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE, PUES EL ART. 38 LEC SÓLO LA ESTABLECE EN EL CASO DE FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL, O DE JURISDICCIÓN POR PERTENECER EL ASUNTO A OTRO ORDEN JURISDICCIONAL (SAP MADRID 11ª 10 FEBRERO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Declinatoria arbitral jurisprudencia — Apreciación de

oficio — Improcedencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoprimera, de 10 febrero 2022, recurso n.º 115/2021 (ponente: Solvia Abella Maeso) confirma la decisión de instancia. la Audiencia hace al respecto las siguientes consideraciones:

«(...) — Frente a la sentencia dictada en primera instancia se alzan ambos demandados, don Gustavo y D.ª Lorena, esta última mediante adhesión al recurso planteado por el primero. En los mismos se alegan tres motivos: por un parte que debió estimarse de oficio la falta de jurisdicción por sometimiento de las partes contratantes al arbitraje (aunque se alude a falta de competencia objetiva), por otra parte, el error en la valoración de la prueba, y finalmente que debió compensarse la cantidad entregada como fianza con la deuda reclamada. Se plantea, como vemos, en primer lugar y como cuestión novedosa en este recurso la procedencia de declaración de oficio la falta de jurisdicción del juzgado de primera instancia, y por ende, de este tribunal, en cuanto en el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes se pactó una cláusula de sumisión al arbitraje. Esta cuestión no se planteó en primera instancia, ni por medio de la declinatoria, ni tampoco en la contestación, debiendo tenerse en cuenta además que el demandado, don Gustavo, mantuvo situación procesal de rebeldía y no se personó hasta la interposición del recurso de apelación. Tampoco la planteó la codemandada, D.ª Lorena, que se adhirió al recurso del primero. En el contrato de arrendamiento se estipuló en la cláusula duodécima, lo siguiente: Para la resolución de cualquier litigio que pudiera derivarse de la interpretación o aplicación del presente contrato, las partes se someten, de mutuo acuerdo, al sistema arbitral de solución extrajudicial de conflictos articulado por el Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid, en sus Normas de Funcionamiento, de acuerdo con las funciones que le corresponden en virtud de lo establecido en el art. 4. B) de la Orden 61/2008, de 4 de marzo, por la que se crea dicho consejo. Plantean ahora los apelantes que esta sumisión determinaría la falta de competencia objetiva de los tribunales para conocer de la cuestión que es objeto de litigio, y que, a tenor de lo dispuesto en el art. 48 LEC, procede así acordarlo, estimando el recuro, debiendo procederse a la abstención del conocimiento del procedimiento. La cuestión se plantea erróneamente como falta de competencia objetiva, pues, la sumisión no se difiere a otro órgano jurisdiccional con competencia distinta por razón de la materia, sino a tribunales arbitrales, lo que implicaría falta de jurisdicción, y en tal sentido, no sería de aplicación el art. 48 LEC, sino el art. 37 y siguientes de la misma.

Dispone el art. 37 LEC: 1. Cuando un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar, o bien a una Administración pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contables, habrá de abstenerse de conocer. 2. Se abstendrán igualmente de conocer los tribunales civiles cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Cuando el Tribunal de Cuentas ejerza funciones jurisdiccionales se entenderá integrado en el orden contencioso-administrativo».

Por su parte el art. 38 prevé la abstención de oficio en caso de falta de competencia internacional y de jurisdicción a que se refieren los dos artículos precedentes, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.

Finalmente, el art. 39 prevé 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.

Del tenor de los artículos precedentes se desprende que la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción no cabe en el caso de haberse sometido las partes al arbitraje, pues, tal posibilidad sólo la establece el art. 38 en el caso de falta de competencia internacional, o de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional, sin mención al arbitraje; y por su parte el art. 39 prevé que en este último caso, será necesaria la denuncia de tal falta por medio de planteamiento de declinatoria, lo que no se hizo en el caso ahora enjuiciado. En este sentido se pronuncia numerosas Audiencias Provinciales, pudiendo citarse entre otras la SAP Madrid, Sección 21ª, de 10 septiembre 2013; SAP Asturias de 16 julio 2019, AAP Valencia, Sección 9ª de 15 julio 2020; AAP Málaga, Sección 6ª, de 22 diciembre 2020, con cita de SAP Murcia, de 19 diciembre 2006. Esos preceptos además deben ser puestos en relación con el art. 11.1 LA, con arreglo al cual, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. En ese sentido, con arreglo a la última de las resoluciones dictadas, SAP de Murcia, de 19 diciembre 2006, citada y asumida como criterio por el auto de AP de Málaga, de 22 diciembre 2020, y que comparte esta Sala, la propia Ley de Arbitraje obliga a quien quiera evitar el conocimiento de un asunto por parte de un tribunal ordinario que plantee la correspondiente declinatoria a tal efecto, privando de este modo de facultades de oficio al tribunal para apreciar tal sumisión. No se puede olvidar que el sometimiento a arbitraje es un acuerdo voluntario de las partes que libremente deciden resolver sus controversias por medio de árbitros y no por los tribunales, siendo imperativo mientras se exija por cualquiera de los obligados, pero de la misma libre y voluntaria forma las partes pueden aceptar que la resolución del litigio se lleve a cabo por un tribunal de justicia, de tal manera que, en términos análogos a los de la su— misión tácita, el mero hecho de plantear la demanda implica para el actor la renuncia al arbitraje, actuación que se dará también para el demandado en el caso de que no plantee en forma la declinatoria en los plazos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el tribunal tiene plena jurisdicción en este caso. Por ello, el planteamiento ex novo en esta alzada de la procedencia de apreciar de oficio la falta de jurisdicción de este Tribunal y del órgano de primera instancia, por sometimiento contractual al arbitraje, no puede ser estimado, sin necesidad siquiera de entrar en el examen y aplicabilidad de la cláusula duodécima del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes».

ANTE LA CARENCIA DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO EN MÉXICO EN EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI (ATSJ ANDALUCÍA CP 1ª 3 MARZO 2022)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Laudo arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI emitido en México — — Convención de Nueva York de 1958 — Derecho internacional privado — Execuátur: si.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 marzo 2022, recurso n.º 2/2021 (ponente: Antonio Alfonso Moreno Marín) acuerda el reconocimiento del Laudo Arbitral Extranjero, dictado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Ciudad de México, el 5 febrero 2020. De acuerdo con esta decisión:

«(...) En base a la normativa expuesta, es de señalar que en el presente caso, la solicitante de execuátur ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el artículo IV de la Convención de Nueva York, así se ha aportado junto con el escrito de demanda: copia auténtica del laudo arbitral emitido por los árbitros en su día designados, así como la traducción jurada de dicho laudo arbitral; copia auténtica del convenio arbitral, en el que resulta la efectiva sumisión de las partes al arbitraje. En definitiva, se acreditan todos los requisitos de forma para la prosperidad de la pretensión de la entidad actora contemplados en el art. IV de la Convención de Nueva York. Por lo demás consta que la demandada no se ha personado en tiempo y forma mostrando en su caso oposición, y en la forma establecida en el art. 54.1 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Tampoco la demandada efectúa alegaciones respecto a la contrariedad del laudo dictado y cuya homologación se solicita, al orden público del foro».

«(...) Consecuentemente con todo lo explicitado, procede, sin necesidad de mayores consideraciones y ante la carencia de argumentos defensivos por parte de la sociedad demandada, dar lugar a la pretensión actora y acordar, por ende, el reconocimiento del laudo arbitral dictado por el Tribunal arbitral en el procedimiento seguido ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que, derivado de las reclamación dineraria con base contractual, y por la que se condena a la demandada en el sentido expresado en la parte dispositiva de dicho laudo».

LOS ÁRBITROS PUEDEN ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE ESTIMEN NECESARIAS, PERO NO PUEDEN PROCEDER A SU EJECUCIÓN Y SUS DECISIONES QUEDAN SUJETAS A LAS NORMAS SOBRE ANULACIÓN Y EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS LAUDOS (SAP GIRONA 2ª 4 MARZO 2022)

Arbitraje — Medidas cautelares — Adopción por los árbitros — laudo arbitral — Ejecución forzosa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, de 4 marzo 2022, recurso n.º 28/2022 (ponente: José Isidro Rey Huidobro) confirma la decisión de instancia incorporando el siguiente *obiter dictum*:

«(...) Al margen de los argumentos incuestionados sobre la naturaleza y función de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, el contenido LA en sus arts 8.3, 11.3º y 44, permiten afirmar que si bien los árbitros pueden adoptar medidas cautelares en el procedimiento arbitral, con carácter previo a la demanda o durante su tramitación, art 730 LEC, se mantiene la intervención de los tribunales para obtener la plena eficacia del arbitraje, de manera que si los árbitros adoptan medidas cautelares que estimen necesarias, sus decisiones al respecto quedarán sujetas a las normas sobre anulación y ejecución

forzosa de los laudos, que se regirá por lo dispuesto en la LEC, art 44 LA. Lo que viene a significar que la potestad judicial en materia de adopción de medidas cautelares se contempla en la Ley de Arbitraje como una opción junto a la competencia de los árbitros, art 11.3º; pero estos, si bien tienen competencia para acordar dichas medidas, no la tienen para proceder a su ejecución, para lo cual ha de acudirse a la autoridad judicial, art 23 LA, en relación con el art 545.2º LEC. El contenido normativo es tan evidente que no admite discusión, sin perjuicio de las objeciones o censuras que ello pueda merecer para quien recurre».

«(...) Tan es así que la exposición de motivos de la propia Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su apartado V, refleja el sentido hermenéutico de la norma, cuando dice: " La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas. El art. 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los arts. 8 y 11 de esta ley y en la LEC, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal." Y si bien es verdad que las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes no tienen valor normativo, no es menos cierto que revelan la razón de ser, la esencia y las circunstancias que la rodean, centrando su alcance en proporcionar el criterio hermenéutico de la norma a la que preceden, mostrando en ellos su objetivo y finalidad, tal y como entiende la STC 90/2009, de 20 de abril, donde se sentó la siguiente doctrina: "En efecto, aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre (LA LEY 12917—JF/0000), FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre (LA LEY 59210—JF/0000), FJ 2; 173/1998, de 23 de julio (LA LEY 8274/1998), FJ 4; 116/1999, de 17 de junio (LA LEY 8358/1999), FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio (LA LEY 70007/2006), FJ 8), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre (LA LEY 12917—JF/0000), FJ 7; y 222/2006, de 6 de julio (LA LEY 70007/2006), FJ 8), esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, de 7 de abril (LA LEY 1247/2005), FJ 3.a). Por su parte los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación "para desentrañar el alcance y sentido de las normas" (SSTC 108/1986, de 29 de julio (LA LEY 11251— JF/0000), FJ 13; 109/1998, de 21 de mayo (LA LEY 8715/1998), FJ 2; y 15/2000, de 20 de enero (LA LEY 2891/2000), FJ 7)." Consecuentemente, la interpretación dispensada en el preludio de la norma, unido a los argumentos de la sentencia de primera instancia, que esta Sala hace suyos, conducen a la desestimación del primer motivo del recurso, que insiste en el acogimiento de un criterio inasumible de ejecución directa de la medida cautelar por parte del árbitro que la adoptó en el procedimiento arbitral, lo cual no obtiene apoyo en la norma de arbitraje ni en la LEC, cuyo contenido e interpretación avalan la decisión adoptada».

[*Véase Guillermo Ormazabal Sánchez, «El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales. La necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando una anotación preventiva de demanda», en la sección Sentencias seleccionadas,* supra]

PROCEDE ANULAR EL LAUDO PUES ESTAMOS ANTE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA DE SUMISIÓN A UN ARBITRAJE DISTINTO DEL DE CONSUMO, SUSCRITA POR UN CONSUMIDOR EN UN CONTRATO CON UN EMPRESARIO, QUE NO HA SIDO RATIFICADA (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 4 MARZO 2022)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de consumo — Convenio arbitral — Cláusula predispuesta — Validez — Directiva 93/13/CEE — Sistema arbitral de consumo — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 4 marzo 2022, recurso n.º 14/2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño) estima una demanda de anulación de un laudo dictado por una árbitra única. La presente sentencia razona del siguiente modo:

«(...) Sobre la validez de la cláusula de sumisión a un arbitraje diferente del Sistema Arbitral de Consumo cuando el adherente es consumidor. I. Sobre la validez y carácter vinculante para los consumidores y usuarios de los convenios de sumisión a un arbitraje es preciso tener en cuenta las siguientes premisas jurídicas: A) De un lado, con carácter general, el art. 57.4º, en su redacción vigente al tiempo de celebración del contrato, establece que no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. Esta norma no condiciona la vinculación por el consumidor al convenio arbitral a que sea negociada o no: basta con que el convenio se haya pactado entre un empresario y un consumidor con antelación a la existencia de una controversia derivada del contrato. B) De otro lado, el art. 90.1 del mismo texto legal califica como "abusiva" la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo el caso de arbitrajes institucionales creados por normas especiales. La cláusula de sumisión, pues, se calificaría como nula de pleno derecho (art. 83.1º) siempre que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1º), precisándose que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato "(art. 82.2º). C) La nulidad por abusividad o falta de transparencia de la cláusula de sumisión a arbitraje es apreciable de oficio (art. 83.1), e incluso lo es en el ámbito de la acción de nulidad del laudo que se hubiere dictado. Así lo estableció la STJUE de 26 octubre 2006 —asunto C 168/05, al decir que "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación"».

«(...) En el presente caso, no caben dudas sobre la condición de consumidora de D.ª Adriana, pues así se

desprende inequívocamente del contrato mismo, que va referido a la ejecución de obras por una empresa en su vivienda habitual. Poco importa la "cualificación y trayectoria profesional" a que alude A., pues no son los conocimientos sobre la materia objeto del contrato los que cualifican al contratante como consumidor, sino la finalidad con que contrata, y no es discutible que tratándose de vivienda habitual se trata de un contrato para un fin distinto al profesional, comercial o empresarial (art. 3.1º TRLGDCU). Se invoca por la demandada que el contrato e incluso la cláusula fueron negociadas individualmente, y al respecto se alude a las declaraciones de la propia D.ª Adriana y de los Sres. Armando y Arturo en el procedimiento arbitral, de las que se desprende que éstos intervinieron en la negociación del contrato asistiendo a la dueña de la obra. Examinadas por la Sala dichas declaraciones, y en particular la del Sr. Armando (que la demandada destaca especialmente), se comprueba que fue contratado por la dueña de la obra y que le asesoró en la negociación del contrato de obra, pero queda claro que dicho asesoramiento se refirió a los aspectos técnicos y no a los jurídicos; en particular, acabó diciendo que no le asesoró respecto a los fueros judiciales y competencias de los tribunales (2.22:50 de la grabación que consta en las actuaciones). Lo cual es particularmente creíble dada la condición de arquitecto, y no abogado, del declarante. Ante las dudas sobre este particular (es decir, sobre el carácter negociado o no de la cláusula de sumisión a arbitraje) se consideró pertinente, a instancias de la actora, la documental consistente en la aportación de los contratos de ejecución de obra menor suscritos por la actora con terceras personas en el año 2016, de cuyo examen se desprende de manera inequívoca que la cláusula de sumisión a arbitraje no fue individualmente negociada, sino predispuesta por A. pues se reproduce literalmente en todos los contratos aportados. En consecuencia, se trata de una cláusula no negociada de sumisión a un arbitraje distinto del de consumo, suscrita por un consumidor en un contrato con un empresario, y que no ha sido ratificada con posterioridad al surgimiento de la controversia (pues, aunque fuera por razones diferentes, D.ª Adriana se opuso en todo momento al arbitraje, lo que impide presumir una sumisión a posteriori), lo que determina su nulidad, y con ella la del laudo dictado. No lo impide el hecho de que fuera esta Sala quien designó el árbitro de la contienda, pues en el procedimiento de designación hubo de limitarse a constatar la existencia de un convenio arbitral, sin poder entrar en si éste era negociado o no, y por tanto válido o nulo, al ser ello competencia del árbitro que se designara. Tampoco lo impide el que en su contestación de la demanda la representación de D.ª Adriana opusiera la nulidad de la cláusula arbitral por una causa diferente y sólo aludiera a su carácter abusivo en el trámite de conclusiones, pues dicho carácter abusivo podía ser apreciado de oficio por la Sra. Árbitro, y debe serlo en su defecto por este Tribunal en este procedimiento conforme a lo señalado por la mencionada STJUE 26 octubre 2006, una vez que la demandante lo ha esgrimido en su demanda como principal causa de nulidad».

EXECUÁTUR DE UN LAUDO POR ACUERDO DE LAS PARTES DICTADO EN NUEVA YORK EN EL SENO DE LA ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE (ATSJ MADRID CP 1ª 15 MARZO 2022)

Arbitraje — Laudo extranjero — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — *American Arbitration Association* — Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 — Legalización — Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 — Derecho internacional privado — Doctrina del Tribunal Constitucional — Litispendecia — Orden público.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 15 de marzo de 2022, recurso n.º 4/2022 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) reconoce un Laudo por acuerdo de las partes dictado el 16 de julio de 2021 en la ciudad de Nueva York por colegio arbitral en el seno de la Asociación Americana de Arbitraje. Entre otras consideraciones el presente aludo afirma lo siguiente:

«(...) A la vista de las alegaciones formuladas por las partes, junto con la documentación incorporada a las presentes actuaciones, ya podemos avanzar una conclusión estimatoria de la pretensión de reconocimiento del Laudo (de conformidad) dictado el 16 de julio de 2021 en la ciudad de Nueva York cuya copia (también traducida) se aporta con la demanda. Como consideración inicial debemos resaltar que la controversia surgida entre las partes y dimanante de la relación contractual que les unía, vio materializado su fin en un Acuerdo transaccional, cuya existencia y realidad no se ha negado en ningún momento en la contestación a la demanda. Es más: viene a reconocerse de manera explícita en el hecho Tercero del escrito de contestación, si bien en éste se manifiesta que el "contenido y proyección (de dicho acuerdo) nada tienen que ver con la pretensión ejercitada, en la medida en que los términos del referido acuerdo plasmado en el documento 3 (Escritura notarial de elevación a público) no se recogieron ni integraron en el laudo cuyo reconocimiento se pretende". Se nos anuncia de tal modo una diferencia esencial, sustancial, nuclear, entre lo acordado y lo reflejado en el Laudo, aunque lo cierto es que los demandados no abundan ni precisan en absoluto donde reside semejante divergencia. La alegación de arranque, por lo contundente que resulta, nos obliga a dejar constancia de una verificación objetiva acerca de los contenidos que se dicen traicionados en la resolución arbitral cuyo reconocimiento ejecutivo en España se pretende; lo tajante que viene a ser la negación de los demandados exige que comprobemos si el Laudo se aleja de forma tan abrupta como se afirma, de lo convenido por las partes. En tan necesaria tarea advertimos que el Acuerdo Transaccional (Documento N.º 3 y anexos de los acompañados a la demanda) elevado a Escritura Pública ante el Notario de Madrid D. Fernando Molina Stranz, se refiere al Arbitraje que se seguía ante la Asociación Americana de Arbitraje (concretando la referencia del procedimiento), y menciona la existencia de otros pleitos (civil y penal) en España. Básicamente, por cuanto ahora nos afecta, se integra además por las siguientes cláusulas iniciales: 1.1.- Determinación del objeto (liquidar las cantidades en disputa y poner fin con carácter definitivo a todas las discrepancias entre las partes). 1.2.- Reconocimiento por los demandados de que adeudan a los demandantes por diversos conceptos 5.526.850 dólares. 2.- Se reconoce un pago parcial de la deuda por importe de 250.000 dólares. 3.1.- Contiene el compromiso de presentar en el plazo de 48 horas una solicitud ante el tribunal arbitral de dictado de laudo de conformidad.

3.2.- Los demandados reconocen el carácter válido y exigible del laudo de conformidad de acuerdo con la legislación de Nueva York y la Ley española de Arbitraje.

3.3.- Contiene también el compromiso de los demandados de no impugnar el mencionado Laudo ni emprender acción alguna para anularlo. Consta seguidamente en las actuaciones como Anexo II la petición (traducida y sin impugnación) que las partes dirigen al tribunal arbitral, de dictado del Laudo de conformidad. Y, como tercer elemento de contraste, encontramos (Documento 4 bis) el Laudo de Conformidad, encabezado por la correspondiente Apostilla (Convenio de La Haya de 5 octubre 1961) firmada ante Notario Público del Distrito de Columbia. En dicho Laudo se recoge la existencia del acuerdo

transaccional y la solicitud que al tribunal dirigieron las partes para su plasmación. Los epígrafes 27 y siguientes del Laudo recogen con irrefutable fidelidad los compromisos alcanzados por las partes, de acuerdo con el borrador que estas mismas habían presentado ante la corte. La identidad de contenidos es tal que no es preciso en absoluto llevar a cabo aquí su reproducción escrita, de modo que nuestra primera conclusión no puede ser otra que la desautorización tajante de la alegación ya reseñada de los demandados. Es difícil comprender como puede la parte demandada negar con semejante contundencia ante esta Sala prácticamente cualquier relación entre el acuerdo transaccional y el laudo que lo recoge. El colegio arbitral asumió la petición de las partes y con fidelidad a lo acordado por éstas dictó su resolución (a la que solamente se pidieron muy exiguas matizaciones en aclaración), por lo que la alegación tercera del escrito de contestación a la demanda (aunque venga ubicada en ese lugar de orden entendemos que resulta crucial) ha de ser rotundamente rechazada».

«(...) Partiendo de la identidad existente entre los acuerdos alcanzados por las partes y el contenido del laudo de conformidad cuyo reconocimiento se pretende, debemos abordar las otras excepciones que se oponen por los demandados para ver validado en España la decisión arbitral pronunciada a su instancia en la ciudad de Nueva York.

1.- La primera de las alegaciones realizadas por los demandados en el Avance previo (en cuanto a la falta de aportación debidamente autenticado del laudo arbitral que reúna las condiciones para su autenticidad), lo cierto es que encuentra confuso desarrollo en la página 6 de la contestación a la demanda. Se mencionan los documentos que vienen respaldados por Apostilla extendida ante el Notario del Distrito de Columbia Mr. Andrew Vita y tratan de entremezclarse a continuación con precisiones tan pormenorizadas como materialmente intrascendentes, y alusiones a las certificaciones, comunicaciones, copias y documentos que obran en las actuaciones, que tan solo pueden entenderse como un intento de confundir la posibilidad (nada compleja) de conocer la realidad de lo acordado y lo laudado. El iter de lo actuado ante la corte arbitral americana es de una comprensión absolutamente sencilla y coherente, y la documentación (extensa y completa) que figura en la causa refleja perfectamente y sin tacha el desarrollo de la controversia — en su fase de formalización y decisión— sin que resulte en modo alguno asumible esa "imposibilidad de conocer" a qué se hace referencia a la que intenta ceñirse la parte demandada. El rigor no puede confundirse con la petición innecesaria de un determinado extremo cuando a todas luces resulta evidente que las partes ordenaron sus relaciones valiéndose de su autonomía de la voluntad, y sin el más remoto atisbo de indefensión. Pero además, carece de todo sustento el intentar que restemos validez a los documentos (insistimos: numerosos, ordenados, completos y claros) sobre los que se construye la demanda de execuátur. Nuevamente apreciamos una discordancia abismal entre lo alegado en la contestación y cuando puede hallarse en los tomos que componen el presente proceso. El laudo arbitral está debidamente autenticado, en versión original con intachable apostilla, cumpliendo las exigencias inherentes a este método de legalización de documentos a efectos de verificar su autenticidad en el Derecho internacional privado. La alegación formalista que se entrelaza en la contestación a la demanda, además de carecer de la virtualidad pretendida, no puede intentar ocultar la realidad de lo pactado y laudado, y por lo tanto, se convierte en un innecesario ejercicio de confusión, que no encuentra encaje en los motivos tasados del art. V de la Convención de Nueva York de 1958 anteriormente citada.

2.- Se opone también como impedimento al reconocimiento del laudo la falta de aportación del

documento que acredite la firmeza del laudo extranjero. Esta alegación (incluida en el expositivo inicial de la contestación a la demanda) encuentra breve desarrollo en la página 8 del escrito, diciendo que no puede entenderse que el laudo sea firme por las meras manifestaciones de las partes en actos previos (en este caso el acuerdo transaccional), y a falta de documento acreditativo de firmeza no puede saberse si la resolución que se aporta es la final y si es firme. Nuevamente hemos de volver sobre el contenido del artículo V del Convenio de NY de 1958, que determina las causas de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros, al que se remite expresamente el art. 46 de la vigente Ley de Arbitraje en España. El primero de ellos incluye como causa de las tasadas para denegar el reconocimiento del laudo extranjero, en el apartado 1: "e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia". Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la diferencia existente entre obligatoriedad y firmeza en el ATSJ M 11/2016, de 28 de septiembre (ROJ: ATSJ M 424/2016), en el que se dijo (FJ 5º): "...aun aceptando a efectos dialécticos —sobre ello habremos de volver— que el Laudo pudiera no ser firme en el sentido estrictamente procesal del término, esta Sala no puede ignorar que el art. V.1.e) CNY no utiliza esa categoría jurídica —firmeza como cosa juzgada formal o como no susceptibilidad de recurso—, al hablar de esta causa de oposición, sino que alude a la falta de obligatoriedad del Laudo para las partes, o a que éste haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del Estado en que ha sido dictada la Sentencia o conforme a cuya ley aquélla se haya emitido". Pero es más: en la misma resolución que acabamos de citar se partía de otra premisa inolvidable: las causas de oposición que puedan esgrimirse por la parte frente a la que se pretende el reconocimiento de un laudo extranjero y que descansen en elementos acreditables (al margen del examen jurídico de oficio), han de probarse; y esta carga corresponde a quien opone la causa de denegación. Así expresaba el Auto de esta Sala que: El sistema de homologación que establece el Convenio claramente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no opera un sistema de reconocimiento automático, sí parte de un principio favorable a dicho reconocimiento y ejecución, e inclusive doctrinalmente se ha indicado que instaura un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir. No es suficiente, por lo tanto, deslizar simplemente una duda en el escrito de contestación a propósito de la hipotética falta de "firmeza" de un laudo dictado en el extranjero y cuyo reconocimiento u homologación se pretende en España. La parte que oponga esta alegación debe probar que el laudo en cuestión ha sido suspendido o, en su caso, anulado, y de lo contrario, se verá concernida por la presunción de regularidad y eficacia de la resolución extranjera. En el caso que motiva el dictado de la presente resolución cuanto podemos detectar es un absoluto silencio en la parte demandada acerca de cualquier indicio de existencia de un proceso posterior al dictado del laudo que ahora nos ocupa dirigido a dejarlo sin efecto, y ello evidentemente debilita hasta el extremo la alegación que abordamos, por cuanto lo que se nos plantea no pasa de ser una hipótesis (que el laudo haya sido impugnado y por lo tanto no haya logrado la firmeza que reclama acreditada la contestación a la demanda). Sobre meras hipótesis no podemos admitir la alegación que se opone, resultando exigible a la parte que esgrime esta causa de oposición que aporte —lo que no ha hecho—

algún principio de prueba sobre esa supuesta suspensión o pérdida de validez del laudo arbitral. La falta de acreditación de semejante escenario merma la entidad de la causa de oposición hasta el punto de su desestimación sin necesidad de consideraciones añadidas».

«(...) Se anunció en el resumen de causas de oposición, y se desarrolla en el FJ 3 de la contestación a la demanda la litispendencia como motivo para privar de reconocimiento al laudo que se nos presenta. Se fundamenta la excepción en el hecho de que ante el Juzgado de Instrucción N.º 52 de los de Madrid se siguen Diligencias Previas (N.º 2004/2020) con "Auto de admisión" de 15 de diciembre de 2020. Dimanan de la querella interpuesta por "Jenner Renewables Holdings, B.V." y "Cree Power L.P." (los hoy demandantes de execuátur) contra los demandados por posible delito de apropiación indebida, ejercitando también acción civil acumulada. El soporte que para esta figura que se ofrece en la contestación a la demanda se deriva a la causa de oposición al execuátur prevista en el artículo 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, cuya letra f) determina como motivo de denegación del reconocimiento la existencia de un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero. Se dice en nuestra contestación a la demanda que si bien la litispendencia no se recoge en el precepto invocado como mención expresa, sus características y finalidad, orientadas en último término a garantizar la coherencia y seguridad jurídica del ordenamiento interno español, permiten interpretar que la existencia o concurrencia de un procedimiento cuya resolución pueda resultar irreconciliable con la que se pretende reconocer, pueda operar como causa de denegación, "anudada, además, al concepto de orden público". Consta en las actuaciones copia de las Diligencias Previas ya citadas, que se inician con el Auto de admisión a trámite de la querella, dictado en fecha 15 de diciembre de 2020 (Tomo II). Al Tomo III figura copia del Auto de la Audiencia Provincial (Secc. 7ª) de 14 de diciembre de 2021 que confirma el dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 7 de junio de 2021 por el que acordaba la continuación de las Diligencias Previas por los cauces del Procedimiento Abreviado. El Laudo cuyo reconocimiento se pretende es de fecha 16 de julio de 2021. Pese a esta constatación cronológica, que evidencia la existencia de un procedimiento penal iniciado en España con anterioridad al dictado del laudo arbitral, no podemos aceptar la excepción de litispendencia.

1.- La litispendencia, como excepción de carácter procesal, consiste en el efecto que produce el seguimiento de un proceso sobre otro posterior, prohibiendo que vuelva a suscitarse la misma cuestión, al encontrarse ya en estudio por otro órgano judicial con carácter previo. Se regula su momento vinculante en el art. 410 LEC, al establecer que se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. No es asumible la excepción procesal que se opone, en primer lugar porque no nos hallamos ante dos procedimientos de la misma naturaleza. El primero es un proceso penal, en el que se ejercita esencialmente una acción penal (se sostiene que los demandados incurrieron en delito de apropiación indebida al desviar las cantidades que les fueron entregadas por los querellantes para el cumplimiento de los contratos que les unían) aunque, tal como permite el art. 110 LEC, se ejercite también la acción civil dimanante del delito. A garantizar el resarcimiento de los daños sufridos por los querellantes se dirigen ya las medidas cautelares solicitadas en el escrito de querella, de traba del patrimonio de los querellados de conformidad con lo dispuesto en el art. 764 de la Ley procesal penal. El segundo proceso (el que ahora nos ocupa) es un proceso civil, y además peculiar: de reconocimiento u homologación en España de un laudo arbitral dictado en el extranjero. Como excepción, a juicio de esta Sala, no está correctamente invocada, ni siquiera en el intento de enlace con la existencia de pleito pendiente que figura en el art. 46

LCJI. En su caso, cuanto hubiese podido plantear la parte hoy demandada sería la prejudicialidad penal, al abrigo de lo establecido en el art. 10 LOPJ; en su ap. 2 determina que " No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca". Ahora bien: la vinculación y efectos que proyecta la existencia de una causa penal en trámite sobre otro proceso (del orden jurisdiccional que sea) pasa por el cumplimiento de una serie de requisitos: a) que se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito perseguible de oficio; b) que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; c) y que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. En cualquier caso, la prejudicialidad debe ser interpretada con carácter restrictivo, en el sentido de acceder a la suspensión cuando el proceso civil no pueda ser resuelto sin la previa resolución del proceso penal, sin que se deba apreciar la prejudicialidad cuando la acción ejercitada en el proceso civil pueda resolverse al no estar condicionada al fallo de la resolución penal. Así viene a decir el reciente Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2022 que: "Al regular la prejudicialidad penal en un procedimiento civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) distingue, con carácter general, entre hechos con apariencia delictiva (a los que se refiere el art. 40.1º) y prejudicialidad penal propiamente dicha (que es a la que en realidad se refieren los apartados siguientes), señalando el art. 40.2º, como principio general, que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias, que se tienen que dar conjuntamente: «1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. "2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil". A su vez, caso de que concurran tales requisitos, los apartados 3 º y 4º del art. 40.2º LEC distinguen dos momentos procesales diferentes para acordar la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal: como regla general, la suspensión se acordará por auto cuando el procedimiento únicamente esté pendiente de sentencia; y como excepción, la suspensión será inmediata cuando la presunta actividad delictiva relacionada con el proceso civil afecte a la falsedad de alguno de los documentos aportados al pleito (delito de falsedad documental)». No concurren estos requisitos en el proceso que nos ocupa. En la causa penal que se tramita ante el Juzgado de Instrucción N.º 52 de Madrid, cuando ha de dilucidarse es si los aquí demandados se apropiaron de dinero en beneficio propio y por ello cometieron un delito. Por el contrario, el objeto del proceso de execuátur pasa por verificar si el laudo arbitral dictado en Nueva York (por conformidad de ambas partes) en el que se ventilaban deudas contractuales entre personas y sociedades mercantiles, cumple los requisitos para ser ejecutivo en España. La decisión del Tribunal penal que se encuentra todavía pendiente no puede provocar la paralización o suspensión del presente proceso de reconocimiento del laudo arbitral extranjero. En el juicio penal (si llega a celebrarse pues no nos consta la presentación de los escritos de acusación todavía) se declarará a los querellados autores o no de un delito, y, en el primero de los casos se determinará una responsabilidad civil dimanante de ese delito en concreto. Con independencia del contenido del fallo de la Sentencia penal que pueda recaer en su día, es posible perfectamente resolver la solicitud de execuátur que ahora se encuentra sometida a la competencia de esta Sala, pues la eventual determinación de la responsabilidad penal de los demandados

en nada determinaría nuestro pronunciamiento. Cuestión al margen —y perfectamente deslindable— es que si se lleva a efecto la ejecución del laudo cuya homologación ahora decretamos, ello influya en la posible ejecución de las responsabilidades civiles que se determinasen en el proceso penal. Pero a ese futuro momento no podemos adelantarnos.

2.- Para concluir la argumentación en torno a la litispendencia, la contestación a la demanda acude al concepto de orden público, que en este caso identifica con la necesidad de garantizar la armonía o coherencia interna del ordenamiento jurídico. No podemos asumir el argumento. Son muy numerosos los pronunciamientos que no solo esta misma Sala sino los restantes Tribunales han venido realizando a lo largo del tiempo en torno a un concepto que resulta utilizado en los procesos de anulación de laudos arbitrales con mayor frecuencia que cualquiera de las restantes causas en las que puede ampararse una pretensión de nulidad. Se recoge también como causa de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras. Para abordarlo, resulta imprescindible acudir a la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, condensada en las SSTC 46/2020, 17/2021 y 65/2021. — La STC 46/2020, de 15 de junio, después de recordar la doctrina general sobre la acción de nulidad de laudos arbitrales, y asimismo las nociones ya consolidadas a lo largo del tiempo sobre el orden público señaló que: «Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje». La STC 17/201, de 15 de febrero de 2021 abunda en el concepto que estamos compendiando e incide en el contenido «muy limitado» de la acción de nulidad de los laudos arbitrales prevista en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje. Con referencia a la STC 46/2020, de 15 de junio expresa en esta nueva resolución el Tribunal Constitucional que «La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior». Prosigue diciendo la Sentencia que «Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o puerta falsa...» — La STC 65/2021, de 15 de marzo, reitera el concepto acuñado de orden público material como «el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente» (FJ 4)». Pero a continuación vuelve a introducir una firme advertencia contra las frecuentes extralimitaciones que se han sucedido a propósito de este concepto,

recordando el rechazo que merece la conversión de la noción de orden público «en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral» a las que había aludido ya en Sentencias anteriores. El rigor con el que debe interpretarse la invocación del orden público dentro del ámbito de las acciones que se ventilan ante los Tribunales de Justicia en torno a la validez de los laudos arbitrales es aplicable tanto a la acción de nulidad directa que se impulsa contra los dictados en España como al analizar la validez de los dictados en el extranjero y pretenden hacerse ejecutivos en nuestro país a través del cauce del execuátur. Apelar a la salvaguarda de la coherencia interna del ordenamiento jurídico como gran principio inspirador sobre una inadecuada invocación de la excepción de litispendencia excede a todas luces esa lectura rigurosa y obligada del orden público, que tantas veces se ve extralimitado en el escenario arbitral en función de la posición procesal que se ocupe. En conclusión: la excepción alegada de «litispendencia» no puede ser acogida».

«(...) Por todo ello, la demanda ha de ser íntegramente estimada, al contar el laudo dictado por conformidad cuya homologación se pretende en España a efectos ejecutivos, con todos los requisitos que lo validan a tal fin».

[Véase Ángel María Ballesteros Barros, «Execuátur en España de laudo arbitral extranjero por acuerdo de las partes pronunciado en Nueva York en el seno de la American Arbitration Association», en la sección Notas de jurisprudencia, supra].

NO SE ESTÁ EJERCITANDO LA ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES ARBITRALES EXTRANJERAS, SINO PROMOVIENDO UNA MEDIDA CAUTELAR RELACIONADA CON UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO CUYA EJECUCIÓN SE LLEVA A CABO EN MARRUECOS (ATSJ MADRID CP 1ª 15 MARZO 2022)

Arbitraje — Convención de Nueva york de 1958 — Derecho internacional privado — Execuátur Marruecos — Medidas cautelares — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros.
Execuátur: no.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 15 de marzo de 2022, n.º 3/2022 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) desestima una demanda contra una supuesta ejecución en España de un laudo arbitral extranjero por las razones que se describen a continuación:

«(...) No resulta incomprensible, ni mucho menos, el interés que defiende la parte demandante en el presente proceso, ni las razones sobre las cuales construye su pretensión. Ahora bien, tal como ha sido planteada la cuestión, esta Sala se enfrenta a dificultades de diversa índole. Entendemos que para dar respuesta a la solicitud inaudita parte de la medida cautelar que se nos pide, hemos de tener en cuenta como punto de partida, las siguientes consideraciones.

1.- En el presente supuesto en realidad y pese a lo que consta en el encabezamiento de la demanda, no se está ejercitando la acción de reconocimiento en España de resoluciones arbitrales extranjeras que en el FJ

anterior invocamos como marco general, sino tan solo promoviendo una medida cautelar relacionada con un laudo arbitral extranjero cuya ejecución no se lleva a cabo en España sino en el país donde ha sido dictado: Marruecos. El suplico de la demanda es preciso al concretar las peticiones deducidas; se reducen a la suspensión o cancelación del aval bancario otorgado en su día por una entidad financiera española; y la demanda se dirige exclusivamente contra este avalista (Caixabank).

2.- Por mucho que se hayan aportado abundantes documentos que prima facie pudieran conducir al reconocimiento de la ejecutividad del laudo dictado en Marruecos, no podemos ignorar que para que este Tribunal Superior de Justicia asuma la competencia para pronunciarse sobre ese reconocimiento, tendrían que cumplirse varios presupuestos.

2.1.- Por una parte, el que atribuye a nuestro conocimiento el fuero territorial determinado en el art. 52 LCJI, que dispone: La competencia para conocer de las solicitudes de execuátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de execuátur.

2.2.- No puede tampoco ignorarse la importancia que cobra en el planteamiento del asunto el examen de la legitimación pasiva. Cuando en un proceso se tutelan situaciones jurídicas privadas, la posición legitimante será normalmente un derecho subjetivo de titularidad individual. Ha de partirse del examen de la relación de los sujetos con el objeto del proceso. Es sobre esta base donde debemos insistir en el concepto de parte procesal a fin de verificar si la presente relación litigiosa está bien constituida o no. De acuerdo con lo señalado en el art. 10 LEC, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Si —como hemos dicho— en cuanto lo que se judicializa es la validez en España de un laudo arbitral extranjero que resolvió la disputa existente entre las partes de un contrato, es evidente que partes en el presente proceso tendrán que ser, forzosamente, quienes fueron parte en ese mismo contrato. Por el contrario, hoy se omite por completo en la demanda a la parte contratante, y se pretende la adopción de una medida cautelar —que por supuesto le afecta de lleno— dirigiendo la pretensión de execuátur tan solo y exclusivamente contra un avalista. Cuando el art. 54 LCJI (en la que se desarrolla el procedimiento de execuátur con mayor detalle que en otras) establece que La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera, ha de entenderse que está permitiendo escoger de entre las partes propiamente dichas (en este caso única es la contraria) aquella contra la que quiere realizar lo dispuesto en el laudo; hacer valer la eficacia de éste. Pero no puede dar cabida este precepto a que se suplante a la parte por una figura ajena a la relación contractual genuina, como es el avalista, «vetando» en la práctica la participación de quien fue obligado en el contrato y por ello parte en sentido estricto. Cuanto podemos concluir en las presentes actuaciones es que la (única) parte demandada, frente a la cual se ejercita la pretensión de la actora, no ha sido parte en el procedimiento arbitral, sino un tercero: el avalista.

2.3.- En relación con lo anterior aflora la necesidad de examinar también —incluso de oficio— el ejercicio

de la acción contando con las exigencias del llamado litisconsorcio pasivo necesario, que viene a ser la obligada presencia en el proceso de las partes a quienes concierne —en este caso por haber sido partes del contrato cuanto se está dirimiendo. No es posible seguir un proceso civil en el que se pretenda formalmente el reconocimiento de laudo extranjero, pero única y materialmente la suspensión o cancelación de una medida cautelar, sin llamar al proceso a la parte a quien el pronunciamiento del Tribunal pudiera deparar perjuicios. En consonancia con esta regla básica, recordemos que el art. 54 LCJIC dispone: «La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera. Actualmente recogido en el art. 12 LEC, el litisconsorcio pasivo necesario encuentra su origen en la creación jurisprudencial, y encuentra su fundamento en las vinculaciones subjetivas derivadas de los derechos deducidos en juicio. Comporta la necesidad de demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material debatida, porque en otro supuesto se produciría una defectuosa constitución de la litis. Como auténtico principio de orden público no solamente es predicable de las relaciones procesales que se constituyen en el seno de un proceso jurisdiccional. Es aplicable también al ámbito del arbitraje cuando nos referimos a su sentido genuino. Así tuvo ocasión de afirmarlo esta misma Sala en diferentes ocasiones (sólo a título de ejemplo en la STSJ M de 5 de marzo de 2019; o en la STSJ M de 1 de febrero de 2016). Por ejemplo, la STS de 8 de marzo de 2006 que señala que en el marco de las acciones contractuales: El litisconsorcio tiende a evitar, por una parte, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, y, de otra, a impedir la posibilidad de sentencias contradictorias. Exige por tanto, que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídica, material controvertida, por lo que tal figura solo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, pues solo los interesados en ella pueden ser estimados como litisconsortes pasivos necesarios ya que quienes no fueron parte en el contrato controvertido carecen de interés legítimo sobre su cumplimiento o incumplimiento, y por tanto, no existe razón alguna para que sean llamados al juicio». (en el mismo sentido se habían pronunciado, por ejemplo, las SSTS de 24 de abril de 1990; 22 de abril de 1991; 9 de junio de 1992; 30 de enero de 1993; 14 de julio de 1994; 22 de junio y 18 de septiembre de 1996; 15 de febrero y 9 de noviembre de 1999 y 16 de febrero de 2000).

2.4.- Ya por último cabe dejar constancia de una referencia a la competencia de esta Sala. Se nos pide que nos pronunciemos exclusivamente sobre una medida cautelar, sin que estemos conociendo de demanda alguna de execuátur, o reconocimiento en España del laudo extranjero. Por la naturaleza accesoria que resulta inherente a esta concreta medida cautelar (con relación al proceso principal del que dimana) no resultamos ser competentes para resolver sobre lo solicitado con tal autonomía».

[*Véase José Luis Iriarte Ángel, «La solicitud de la adopción inaudita parte de una medida cautelar como objeto de una demanda de reconocimiento de laudo arbitral extranjero», en la sección notas de Jurisprudencia*, supra]

NINGUNA INDEFENSIÓN SE HA OCASIONADO A LA PARTE DEMANDANTE EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, POR EL HECHO DE QUE EL COMITÉ JURISDICCIONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL PROCEDIÓ A PRACTICAR LA PRUEBA PROPUESTA (STSJ MADRID CP 1ª 22 MARZO 2022)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje deportivo — Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol — Deficiente valoración de la prueba — Doctrina del Tribunal Constitucional — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 22 marzo 2022, recurso n.º 43/2021 (ponente: David Suárez Leoz) desestima una acción de anulación contra el Laudo dictado por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol, tras hacerse eco de la doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021, con las siguientes consideraciones:

«(...) Debemos señalar, sucintamente, que la cuestión que se somete a nuestra revisión tiene por objeto determinar si la decisión adoptada por el Comité Jurisdiccional de la RFEF, por el que dio traslado del resultado de la prueba propuesta por la demandada en el procedimiento arbitral, para su valoración por la demandante arbitral, supone una vulneración de las normas y principios que rigen el procedimiento arbitral, y por ello, que se hubiera causado real indefensión a la ahora demandante. Y así, de los autos queda acreditado con claridad que ninguna indefensión se le ha ocasionado a la parte demandante en la tramitación del procedimiento arbitral, por el hecho de que el Comité procedió a practicar la prueba propuesta por el Sr. Argimiro, esto es, que por el Real Madrid C.F. se informara si por su parte se habían realizado pagos a la Entidad Mercantil N.S.C. S.L., o a su representante legal, D. Carlos Miguel, o a cualquier persona física o jurídica, derivados de los contratos suscritos entre ese Club y D. Argimiro. Asimismo, no existe duda que el Comité procedió de acuerdo con lo previsto en el art. 43.3º del Reglamento General de la RFEF, donde se establece que «El Comité Jurisdiccional podrá dar traslado de las alegaciones al reclamante en aquellos supuestos en que lo considere conveniente para el esclarecimiento de la reclamación», al dar traslado al demandante arbitral de las alegaciones del demandado, para que realizara las manifestaciones que estimara oportunas, sin permitirle, en tal trámite, aportar hechos nuevos que pudieran ser controvertidos, por lo que no cabría, tampoco, una «contrarréplica» por la ahora demandante. En definitiva, la alegación fundamental, planteada en su contestación a la demanda arbitral por parte de la ahora actora — además de la posible prescripción de la acción planteada en trámite arbitral, rechazada por el tribunal arbitral y a la que no se ha opuesto ahora la demandante — fue el pago de los gastos de representación por un tercero, lo que, en base a la prueba practicada a su instancia, había quedado desvirtuada. Como señala la STC 15 febrero 2021, «...resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41.1º f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos». Por ello, si esta Sala no se limita a realizar un examen externo de la motivación, sino que entra a hacer su propia valoración de la prueba, nos excederíamos de lo que es procedente en el procedimiento de impugnación

de los laudos arbitrales. Nos encontramos ante una interpretación correcta realizada por el Comité Jurisdiccional sobre la prueba practicada en el procedimiento arbitral, a instancia de la ahora actora, concluyendo el tribunal arbitral que «ha quedado probado que el Real Madrid CF no realizó pago alguno al demandado, como así afirmaban los representantes legales del jugador. El propio club lo ha manifestado en el escrito incorporado al expediente». Resulta, por tanto, evidente, que no se han conculcado las normas procesales que garantizan el trámite de audiencia y, en definitiva, se ha respetado en el procedimiento arbitral el principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, lo que no permite apreciar la acción de nulidad de laudo arbitral. Resulta por todo ello, procedente rechazar el motivo de anulación planteado».

[Véase Yeray Romero Matute, «A vueltas con el Comité Jurisdiccional de la RFEF, la nulidad de los laudos arbitrales y la competencia de los tribunales del orden social», en la sección Crónicas de jurisprudencia, supra]

EL TSJ DE MADRID CONSOLIDA SU DOCTRINA EN ORDEN A LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES A TRAVÉS DE UNA MODÉLICA Y DIDÁCTICA DECISIÓN (STSJ MADRID 1ª 24 MARZO 2022)

Arbitraje — Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Ausencia de independencia de la institución administradora — Ausencia de independencia e imparcialidad del árbitro — Incongruencia *extra petita* — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de 24 marzo 2021, recurso n.º 7/2022 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) desestima una demanda ejercitando la acción de anulación, frente al Laudo arbitral n.º P.O 734/18—C, de fecha 24 octubre 2020 y del laudo arbitral de corrección, aclaración, rectificación y complemento, de fecha 24 noviembre 2020, que dicta el Tribunal Arbitral designado por la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante.

Dentro de las extensas consideraciones de la presente decisión, cabe referirse a las siguientes:

«(...) Analizaremos a continuación el motivo por el que se denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva y de los principios fundamentales básicos de audiencia, contradicción e igualdad.

El análisis del motivo no procede hacerla desde la perspectiva de la infracción de la tutela judicial efectiva, por las razones que ya hemos expuesto, sino desde los propios principios que rigen en el procedimiento arbitral, del que es paradigmático el art. 24.1º LA: «Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos». Principios que tienen su desarrollo procedimental en los siguientes artículos, así como en el Reglamento Arbitral del ICAM.

La constatación de la vulneración de garantías procedimentales fundamentales, como el derecho de

defensa, la igualdad, la bilateralidad, contradicción y prueba, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, reiterando la ya anteriormente desarrollada, pueden dar lugar a la anulación del laudo arbitral.

El examen del procedimiento arbitral, obrante en el presente procedimiento de anulación, permite constatar como por el Tribunal arbitral se admitió la demanda con la documental acompañada a la misma. Las partes presentaron sus respectivos escritos de proposición de prueba, pudiendo observar como mediante OP (Orden Procesal) n.º 3, de 25 julio2018, se admitió toda la prueba propuesta por la demandante.

Sí se deniega la aportación a instancia de MFR de los informes contra periciales, por OP n.º 6, de 23 noviembre2018, lo cual se realiza con base en la siguiente fundamentación: «...»

De esta manera, lo que el precepto viene a regular, es cómo proceder cuando se produzca el nombramiento de peritos por el Tribunal, sin otorgar, empero, un derecho absoluto a poder interesar nuevas aportaciones de informes periciales. Y es que es preciso tener en cuenta que en el ámbito del arbitraje ha de regir también el principio de preclusión de los actos. En este sentido, tal y como afirma FERNÁNDEZ ROZAS, tal principio exige que los actos que integran el desarrollo del procedimiento arbitral cuenten, sin sacrificar la flexibilidad propia de este mecanismo de resolución de conflictos, con una cierta sustantividad que les permita conciliar ese objetivo con la igualdad de armas en el proceso, integrado en el art. 24 de esa Ley de Arbitraje. De esta manera, si se acogiera la interpretación propuesta por M.F.R., se estaría comprometiendo dicho principio de igualdad hasta el punto de que para ser salvaguardado exigiría la aportación de nuevos informes que contradijeran las tesis recogidas en la contrapericial, iniciando una dialéctica que se prolongaría indefinidamente.

Descendiendo al Reglamento de Arbitraje del ICAM, norma de cuyos arts. 20 y 32 también se hace eco la parte actora en su escrito de alegaciones, lo cierto es que se trata de una normativa que no hace sino seguir esa filosofía recogida en el párrafo anterior.

En efecto, mientras que el art. 20 consagra ese principio de igualdad, el art. 32, en su punto cuarto, contempla la posibilidad de que « si los peritos hubieran sido nombrados por los árbitros, las partes podrán, además, presentar otros peritos paraque declaren sobre las cuestiones debatidas».

Una vez más, este precepto es de aplicación al caso que nos ocupa, pero no de la manera en que pretende M.F.R.. En efecto, el citado artículo contempla la posibilidad de que se puedan presentar otros peritos, pero solamente a los efectos de que puedan declarar sobre las cuestiones debatidas. En ningún momento el tenor de ese artículo permite que se aporten informes periciales nuevos, puesto que con ello se estaría comprometiendo lo estipulado, como se ha visto, en la Ley de Arbitraje.

El punto quinto del art. 32 del Reglamento confirma esta postura, puesto que contempla el interrogatorio como medio para la exteriorización de la pericia y permite, además, la celebración de careos. En suma, dos institutos procesales de decidida vocación oral y aclarativa, nunca sustantiva.

Igual destino ha de darse al art. 6.5º de las Reglas de la IBA, que contempla el testimonio como forma de

intervención del contraperito. En todo caso, es importante destacar que, tal y como prevé la Orden Procesal N.º 1, la aplicación de estas reglas tiene carácter orientativo y no vinculante, siendo, por consiguiente, de aplicación en todo caso voluntaria cuando no existan previsiones específicas al efecto en las Órdenes Procesales y demás normas».

«(...) El examen de los citados hitos procedimentales, al margen de poner de manifiesto el tortuoso discurrir, motivado entre otras cosas por dos recusaciones del Tribunal arbitral y del perito, así como la incidencia de la primera etapa de la Covid 19, pone de evidencia que el Tribunal arbitral ha actuado con pleno respeto a los principios de defensa, proposición de prueba y su práctica, audiencia de las partes y contradicción.

De las distintas comunicaciones de las partes, bien proponiendo prueba, al margen de la interesada en los respectivos escritos rectores de demanda y contestación, bien formulando alegaciones al respecto, se fue dando oportuno traslado para alegaciones a la contraparte.

El tribunal ha admitido, de forma sustancial la prueba propuesta por las partes, con el resultado que obra en el procedimiento y cuya valoración corresponde en exclusiva al mismo, no pudiendo entrar esta Sala, tal como tiene señalado el Tribunal Constitucional en su doctrina más reciente.

Ciertamente la parte más polémica sobre este aspecto, ha venido referida a la prueba pericial del Sr. Guillermo, respecto de la que la parte demandante intentó de forma contumaz impugnar, mediante la presentación de contrapericiales documentadas, al margen de quedar sujeto el informe emitido a contradicción, en la oportuna Audiencia.

La desestimación de la documental aportada por la demandante, para impugnar dicha prueba pericial, fue resuelta por OP n.º 6, 8 y 10, en las que, de forma motivada, razonada y razonable, inadmite la prueba y ratifica, en siguientes OP dicha inadmisión frente a las correspondientes impugnaciones de la parte demandante.

Cabe volver a traer a colación uno de los principios que ya apuntábamos en el fundamento anterior, en los que insistía la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: «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».

El derecho a la prueba en el procedimiento arbitral viene establecido en el art. 30 LA, que como pone de manifiesto la STC., no deriva del art. 24 CE, sino del marco normativo que rige dicho procedimiento arbitral, constituido por la Ley de Arbitraje, las normas de arbitraje internacional y en su caso la reglamentación de la Corte Arbitral a la que se someten las partes —en el caso presente el Reglamento de Arbitraje del ICAM, y fundamentalmente, como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad que rige en el Arbitraje, por lo que las partes acuerden. Así se recoge en el art. 30.1º LA «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 así lo reconoce la STC 15 marzo 2021, al establecer que el arbitraje, asentado en la autonomía de la voluntad y la libertad de los particulares (arts. 1 y 10 CE), se ajusta a un parámetro propio, «que 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, ...»

En el caso presente no cabe duda que las partes hicieron uso de su derecho a la proposición y práctica de prueba, y la que fue desestimada lo fue, como ya hemos señalado, de forma motivada, por lo que la parte afectada tuvo respuesta eficaz en derecho y que cabe considerarla suficiente, aunque no sea satisfactoria para la parte que ejercita la demanda de anulación que examinamos.

No apreciamos, por tanto, la alegada vulneración de principios, que configuran el motivo de anulación examinado, que, en definitiva, no constituye sino la mera constatación de la discrepancia de la parte demandante con la actuación procesal del Tribunal, que se ha desarrollado escrupulosamente dentro de los márgenes del procedimiento arbitral y de la autonomía que ostenta en su dirección y desarrollo, de acuerdo con lo previsto en el art. 25.2º y 30 LA.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de nulidad analizado».

«(...) Alterando el orden de los motivos, procede analizar ahora la alegada Incongruencia extra petita. Señala la parte demandante que los laudos dictados adolecen de incongruencia extra petita, «habida cuenta de que han venido a resolver sobre cuestiones que no fueron sometidas al procedimiento por las partes y, entre ellas, la voluntad resolutoria en la demandada RMD del contrato de arrendamiento de industria, como tampoco los incumplimientos graves y esenciales que pudieran soportar lo anterior».

El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones:

a) *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. En relación a la incongruencia cabe apuntar el siguiente cuerpo de doctrina de la Sala 1º del Tribunal Supremo y referencias al Constitucional que en ellas se contienen, que entendemos, por su tratamiento conceptual equivalente y racionalidad, trasladables a la resolución arbitrable («...»).*

b) *Lo anterior, no es óbice para que sí constituya una obligación del árbitro resolver sobre lo que las partes someten a su decisión.*

c) *En el caso presente no se aprecia la denunciada incongruencia extra petita, en primer lugar, porque a la vista de lo resuelto por los laudos impugnados, singularmente el principal, se atiene a los pronunciamientos, que de forma sucesiva y con carácter subsidiario, plantea la parte en su petitum.*

Existe un pronunciamiento sobre las dos pretensiones principales de la parte demandante, una es que se declare la rescisión/resolución del contrato de arrendamiento de industria suscrito entre las partes. Así lo hace el laudo, optando por la resolución, al amparo del art. 1124 Cc.

Y también resuelve sobre la petición indemnizatoria solicitada por la parte demandante, de condena al pago de cinco millones de euros por la parte demandada, derivados del incumplimiento denunciado, si bien el pronunciamiento es desestimatorio o absolutorio para la demandada. Los pronunciamientos absolutorios, como ya hemos expuesto no incurren, en principio, en incongruencia.

La respuesta que da en derecho es congruente con el planteamiento y fundamento de la parte demandante, que solicitaba la rescisión/resolución del contrato por incumplimiento y a consecuencia de ello la indicada indemnización.

En segundo lugar, porque, aun cuando, efectivamente no existe reconvención, expresa o tácita, de la parte demandada, imputando a la contraparte contractual el incumplimiento primero y sustancial de las obligaciones derivadas del contrato, lo anterior no sería necesario para que, con base en los incumplimientos aducidos por la parte demandante, fuera procedente en derecho la resolución.

Ello, no obstante, el Tribunal arbitral, a la vista de la prueba practicada, lo que considera acreditado, dentro de la función soberana que le incumbe de valoración probatoria, es que también la parte demandante incurrió en incumplimientos contractuales sustanciales, lo que le lleva a considerar que no sería procedente la concesión de una indemnización por incumplimiento a una parte y a otra no.

Dichos pronunciamientos son congruentes, aunque no sea satisfactorio para la parte, al menos en cuanto a la no concesión de la indemnización por perjuicios (prevista por las partes contractualmente en el propio contrato de arrendamiento de industria), con las pretensiones deducidas por la parte demandante».

«(...) Como cuarto motivo de nulidad se alega falta de motivación. Considera la parte demandante que los laudos dictados lo han sido en la más absoluta arbitrariedad, ya que carecen de la más mínima argumentación, como también de valoración probatoria alguna del vasto acervo probatorio existente en el procedimiento arbitral. Al respecto cabe hacer las siguientes consideraciones: a) En cuanto a la alegación de la insuficiente motivación, la STC. de 15 marzo, le dedica un fundamento específico, del que cabe reproducir la siguiente doctrina: «el deber de motivación del laudo (...)».

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 anulación, no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia, porque, salvo que las partes hubiesen pactado unas determinadas exigencias o un contenido específico respecto de la motivación, su insuficiencia o inadecuación, el alcance o la suficiencia de la motivación no puede desprenderse de la voluntad de las partes. (art. 10 CE). Cabe, pues, exigir la motivación del laudo

establecida en el art. 37.4º LA, pues las partes tienen derecho a conocer las razones de la decisión. En consecuencia, 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.

Sin duda puede calificarse de laxa la motivación que sobre la apreciación de la prueba se contiene en el Laudo, pero no inexistente, desde el momento en que el fundamento de la resolución que contiene el laudo principal, basado en el mutuo disenso, que a su vez lo basa el Tribunal arbitral en los continuos y sustanciales incumplimientos de ambas partes contractuales, radica en el examen de las manifestaciones de las propias partes, que se recoge in extenso en el apartado del fundamento de derecho IV del Laudo principal, que damos por reproducido.

La motivación, en estos términos señalados debe considerarse suficiente a la vista de la ya expuesta doctrina del Tribunal Constitucional.

Por una parte y en cuanto a la valoración de la prueba, aun cuando ciertamente no existe una concreción particularizada de la misma, a excepción de la referencia a las manifestaciones de las partes, como decimos, el Tribunal sí expone y puede ser conocida por las partes, cuál ha sido la que ha determinado la convicción decisoria que se plasma en la parte resolutoria del Laudo.

Hay que insistir, una vez más, en que conforme a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: «Por lo demás, que el art. 37.4º LA disponga que «el laudo deberá ser siempre motivado...», no significa que el árbitro... deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, ...».

En el caso presente sí cumple con dicha indicación, aunque discrepe de ello la parte demandante.

El Tribunal arbitral, por otra parte, 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: rescisión/resolución por incumplimiento contractual de la parte demandada, y 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 exclusivamente imputable a la otra parte contratante, sino que es también imputable a la propia actuación de la demandante, por lo que no cabe exigir solo de una parte incumplidora las consecuencias perjudiciales y su correspondiente traducción pecuniaria.

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, practicado y que ha considerado la idónea, de lo que deja expresión concreta en el Laudo, para sustentar su decisión.

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.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de nulidad analizado».

«(...) Se alega como siguiente motivo la vulneración del orden público.

Debemos traer a colación aquí, nuevamente, dando por reproducido, lo ya expuesto en nuestro fundamento jurídico sexto, sobre el concepto de orden público y su alcance, a la luz de la reciente doctrina del tribunal constitucional.

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 Tribunal arbitral asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al arbitraje acordado por las partes, sujetándose a las previsiones acordadas por las partes para su resolución.

El Tribunal arbitral 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 o no por el Tribunal arbitral, ni el acierto o desacierto jurídico que, como conclusiones y resolución se establece en el laudo.

La respuesta dada por el Tribunal, 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, como ya hemos señalado en el fundamento precedente, 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 marzo 2021, «... excepcionalmente cabe anular una decisión arbitral cuando se hayan incumplido las garantías procedimentales fundamentales como el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad,

contradicción y prueba; cuando el laudo carezca de motivación o esta sea arbitraria, ilógica o irracional; cuando se haya infringido normas legales imperativas; o cuando se haya vulnerado la intangibilidad de una resolución firme anterior. Esto significa que no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la autonomía de las partes (art. 10 CE) y del ejercicio de su libertad (art. 1 CE) por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro o por el colegio arbitral sean consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes o, simplemente, porque de haber sido sometidas la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes».

Las partes, mediante la lectura del laudo, pueden tener una cabal compresión 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, incluso fundados en derecho, razonables y razonados, aunque no se compartan por esta Sala, o hubiera podido resolverse la cuestión litigiosa en otros términos si la cuestión se hubiera sometido de forma plena a su conocimiento, por lo que resulta procedente su confirmación».

«(...) Como último motivo de anulación se alega Infracción del deber de imparcialidad de los árbitros. Vulneración de la tutela judicial efectiva y resto de principios básicos del derecho, tanto por los árbitros como por la Institución Administradora del Arbitraje.

Con carácter previo, conforme a lo que ya ha señalado esta Sala, carece de virtualidad sustentar el motivo en razones de tutela judicial efectiva, desde el momento en que no es un órgano jurisdiccional quien dicta la resolución.

El examen de las alegaciones de la parte demandante y del desarrollo del procedimiento arbitral, lleva a esta Sala a desestimar el motivo alegado.

El motivo se desarrolla sustancialmente a través de citas de resoluciones y normativa de distinta índole, incluidas normas de deontología, que tienen un mero alcance general, pero sin descender, en realidad al caso presente, poniendo de evidencia cuáles pueden ser las circunstancias en que basa la denuncia de falta de imparcialidad del Tribunal arbitral y de la Corte. Prueba de ello es la manifestación, que, finalizando el motivo, expone: «En consecuencia, y siempre con los debidos respetos, ignorar aquella Ley procesal para, por otro lado, improvisar soluciones pintorescas, dicho sea en estrictos términos de defensa, no resulta aceptable ni tolerable, menos aun cuando esas improvisaciones conllevan la conculcación de derechos fundamentales de mi representada, y que evidencian la falta de imparcialidad —ya se ha dicho— tanto por parte de todos los árbitros que han integrado los dos Tribunales Arbitrales, como de la propia Corte de Arbitraje del ICAM y los miembros de su Pleno».

Su lectura, a modo de corolario del motivo que examinamos, lo que pone de relieve es la discrepancia de la parte con la resolución dictada, con cuyo resultado no está de acuerdo, pero no evidencia y mucho menos acredita la denunciada falta de imparcialidad denunciada.

Hay que recordar que la parte demandante recusó por dos veces al Tribunal arbitral, motivando que, en relación al primero, se apartara el Sr. Presidente, designándose otro.

Las recusaciones fueron vistas por el Pleno de la Corte Arbitral del ICAM, resolviendo en ambos casos en sentido negativo a la pretensión actora.

Dicho resultado no puede ser tachado de imparcial y tampoco se apuntan móviles espurios que hubieran movido a todo el Pleno de la Corte Arbitral a fallar contra la demandante.

En definitiva, la desestimación del motivo 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, máxime cuando estaríamos hablando de todo un contubernio, 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».

[*Véase Rafael Hinojosa Segovia, «Desestimación de una acción de anulación tras verificarse la inexistencia de casi todos los motivos de anulación susceptibles de interponerse», en la sección Sentencias seleccionadas*, supra]

EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD, AUNQUE NO SE EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ÁRBITROS REFUERCEN «SU SABER Y ENTENDER» CON CONOCIMIENTOS JURÍDICOS, ÉSTOS PUEDEN PRESCINDIR DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y RECURRIR A UN RAZONAMIENTO DIFERENTE AL QUE SE DESPRENDE DE SU APLICACIÓN (STSJ CASTILLA LA MANCHA 1ª 31 MARZO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Arbitraje de equidad — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Orden público — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castilla La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 31 marzo 2022, recurso n.º 1/2022 (ponente: Jesús Martínez-Escribano Gómez) desestima la demanda de nulidad del laudo arbitral n.º 1/2022, dictado por el Colegio Arbitral de Consumo de Guadalajara. La Audiencia, tras referirse a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el orden público en el ámbito del arbitraje, afirma que:

«(...) Ahora, de nuevo, hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje. En este orden de ideas, ya hemos dicho que «por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales

y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 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» (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. También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art.10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art.24 CE). Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el ap. 1, letra f) del art. 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación el laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa —en palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)— que permita el control de la decisión arbitral. Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público».

«(...) Conforme con el art. 33.1º y 2º del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho; y las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada. Cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ex aequo et bono debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos —no necesariamente jurídicos— que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes».

«(...) El recurrente, en realidad, pretende combatir, desde la denuncia de la vulneración del orden público por arbitraria motivación, la valoración de la prueba que hace el árbitro al establecer el consumo de KW/h consumido; que no puede prosperar en este caso. Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público, ha de suponer una total ausencia de tal valoración, o que la realizada sea tan arbitraria, voluntarista o irracional que equivalga a dicha ausencia, apartándose clamorosamente de la cabal valoración que deba realizar el órgano laudatorio, conforme a los criterios del onus probandi y de la racional apreciación de la prueba, conforme a las reglas legales, la experiencia, la lógica y el resultado de la prueba. El colegio arbitral razona su decisión estimatoria de la reclamación interpuesta por la Comunidad de Propietario apoyándose en el principio de proporcionalidad, al comparar el importe facturado por el mismo servicio entre el 10 diciembre 2018 y 1 enero 2019 (Iberdrola) y el correspondiente al período comprendido entre el 21 de noviembre y el 10 diciembre 2018 (Naturgy) y realiza los cálculos que estima oportunos, sobre la base de la documental obrante en el expediente, para establecer la cantidad que considera procedente como precio adeudado. Señala Iberdrola, como ya hizo en el escrito inicial contra la reclamación, que el laudo no convierte los metros cúbicos consumidos en energía, aplicando el «Factor de Corrección» y el «Poder Calorífico Superior»; pero lo cierto es que, con ello, el Colegio Arbitral viene a acoger las alegaciones de la Comunidad de Propietarios en el acto de la vista celebrada dónde señaló (véase el TERCERO del Acta de la Vista Oral celebrada en el Expediente Arbitral) que «el problema radica en un error en la conversión de las unidades de medidas al pasar los metros cúbicos a KW/h», poniendo en relación el consumo registrado en el período de 20 días facturado por Naturgy y el facturado para un único día (1 a 2 enero 2019) y del 11 al 31 diciembre 2018 «dos veces y media el consumo que en su propia factura, en la información de utilidad, expresa como nivel de consumo de referencia para un supuesto como éste». Iberdrola no compareció a la vista señalada por los árbitros; ahora, a través de este recurso de anulación contra el laudo arbitral, no cabe intentar un nuevo juicio de la cuestión, reprochando error en la valoración de la prueba, por mucho que se quiera vestir la cuestión como vulneradora del orden público por ausencia de verdadera motivación. El 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 transmitirlas al órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a otras bien diferentes».

EL APELANTE NO ALEGÓ EN SU MOMENTO LA SUMISIÓN DEL ASUNTO A ARBITRAJE (SAP MADRID 8ª 31 MARZO 2022)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Desestimación de la declinatoria.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, de 31 marzo 2022 recurso n.º 1052/2021 (ponente: Carmen Mérida abril) desestima un recurso de apelación contra la sentencia de instancia, con el siguiente *obiter dictum*:

«(...) Bajo este enunciado reitera el apelante la falta de jurisdicción pues en el contrato de 20 septiembre 2019, cláusula decimoctava, las partes acordaban la renuncia de su fuero y la sumisión expresa al

Arbitraje de Derecho de Árbitro único de la Corte Arbitralía. El motivo del recurso, por su propio planteamiento, ha de ser desestimado pues la parte apelante tuvo la posibilidad —y la carga— de denunciar la infracción en la primera instancia. En efecto, el 459 LEC dispone que «En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello», lo que no realizó el recurrente, pues aun cuando en el acto de la vista se desestimó su petición, no interpuso recurso alguno contra dicha decisión, conforme al art. 66.2º párrafo 2 LEC, por cuyo tenor «Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación».

LAS PARTES EXPRESARON EN SU CONTRATO SOMETERSE A UN «DICTAMEN» Y NO A UN «ARBITRAJE», POR TANTO CORRESPONDE AL JUZGADO DETERMINAR SU EVENTUAL NULIDAD (SAP BARCELONA 13ª 7 ABRIL 2022)

Métodos Alternativos de Resolución de Controversias — Cláusula de solución con controversias: Arbitraje vs. peritaje. — Dictamen de experto.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, de 7 abril 2022, recurso n.º 326/2021 (ponente: Mireia Rios Enrich) revoca la decisión de instancia en cuanto declaró su falta de competencia objetiva. En el contrato objeto de la controversia se incluía un Pacto Sexto con el siguiente tenor:

«la renta de mercado aplicable al contrato de arrendamiento se determinará tomando como referencia locales de las mismas características, uso y situación que el arrendado (es decir de uso hotelero), y de conformidad con lo siguiente:

a) En primer lugar, lo que acuerden las partes.

b) En caso de que las partes no se pongan de acuerdo, cada una de ellas deberá elegir un experto en valoración de inmuebles de similares características para determinar la renta de mercado.

c) En caso de que tampoco se pongan de acuerdo con los informes de los expertos que ambas partes propongan, las mismas acordaron que se someterían al arbitraje del Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, o persona que éste designe, el cual determinará la renta de mercado que correspondería satisfacer, en ese momento, por unos locales de análogas características y uso a precio de mercado».

Este último apartado modificado y aclarado por ambas partes el 17 y 18 mayo 2018, fechas en las que se acordó verbalmente y ratificó posteriormente vía mail que sería el Presidente del Colegio de

Administradores de Fincas de Barcelona o persona que éste designe, quien mediante un dictamen, y no mediante un arbitraje, determinaría en última instancia la renta de mercado del arrendamiento».

Entre otras consideraciones, la presente decisión argumenta lo siguiente:

«(...) De la lectura literal de la cláusula trascrita, parece que las partes quisieron, inicialmente, someter la cuestión a arbitraje, de conformidad con lo previsto en el art. 9 LA. Aun así, además, del término «arbitraje» en la misma cláusula se indica que el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, o persona que éste designe, realizará una «peritación» y se habla de «dictamen». El día 17 mayo 2018, documento 8 de la demanda, al folio 51, el Letrado de la parte arrendataria D. Joan Anton Flotats i Pesarrodona, remite un correo electrónico a D. Andreu Blay Blanc, Letrado del arrendador, en el que muestra su conformidad en aclarar, según lo previsto en el apartado b.1) del Pacto Sexto del contrato de arrendamiento, que en caso de no alcanzar un acuerdo ambos peritos, el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona deberá realizar un dictamen y no arbitraje, que será vinculante para ambas partes, a lo que responde el Letrado de la arrendadora D. Andreu Blay Blanc, por correo electrónico de 18 mayo 2018, documento 9 de la demanda, al folio 52, en el que manifiesta también su conformidad en aclarar el ap. b.1), del Pacto Sexto del contrato de arrendamiento de ..., y dar conformidad a la propuesta acordada, en el sentido de que, en caso que no se alcance un acuerdo de la renta de mercado entre ambos peritos, será el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona quien mediante un dictamen, y no mediante un arbitraje, establezca la renta de mercado del arrendamiento, y que la decisión que adopte mediante el dictamen el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona será vinculante para ambas partes y, por tanto, será la renta que regirá el contrato de arrendamiento según lo acordado en dicho Pacto Sexto del contrato. Asimismo, el día 27 junio 2018, ambos Letrados presentan una «instancia» conjunta al Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, documento 12 de la demanda, al folio 107, solicitando al Iltre. Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona que emita «dictamen» sobre la renta de mercado respecto de un local de análogas características y uso a los locales sitos en Barcelona, ..., de conformidad con lo pactado en los apartados b) y b.1) del Pacto Sexto del contrato de arrendamiento de fecha 1 mayo 2009. El día 18 octubre 2018, D. Eloy emite Informe de valoración de la renta de los locales arrendados con arreglo al mercado inmobiliario, documento 13 de la demanda, al folio 130. Si examinamos dicho documento, D. Eloy lo denomina «Informe para el cálculo del valor de renta», se refiere en todo su contenido a «Informe de valoración» y no tiene formalidad alguna de la que pueda resultar que se trata de un Laudo arbitral. En fecha 4 febrero 2019, el Letrado de D. ..., CB, envía un burofax a la arrendataria expresando su disconformidad con el informe emitido por D. Eloy, ofreciendo la emisión de un nuevo informe de valoración, a los folios 144 a 146. Responde la entidad arrendataria H.L.R. S.L. mostrando su disconformidad con el ofrecimiento de plantear un nuevo dictamen, a los folios 146 y 147. Por lo tanto, si bien, inicialmente, de la lectura literal del Pacto Sexto, pudiera desprenderse que las partes pactaron la sumisión de la cuestión litigiosa a Arbitraje, el propio contrato contiene términos contradictorios de los que parece deducirse que el Presidente del Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona, o persona que éste designe, realizará una «peritación» o «dictamen», pero lo determinante es que, de los actos posteriores de las partes, a través de la actuación de sus respectivos Letrados, se desprende que las partes se sometieron a un dictamen o informe pericial para determinar la renta, y no a un arbitraje. Y lo cierto y concluyente es que: a) mediante la Instancia conjunta presentada por ambos Letrados lo que se

pidió al Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona fue la emisión de un Informe o Dictamen pericial; b) El informe elaborado por D. Eloy contiene expresiones como «Conforme a la finalidad del Informe, de acuerdo con las premisas y consideraciones realizadas en el mismo, la documentación y comprobaciones precisas de acuerdo con los criterios y método de valoración utilizado, la opinión del que suscribe es...» y « Este es el dictamen que suscribo y emito según mi leal saber y entender y que someto a cualquier otro mejor fundado»; c) De lo anterior resulta que D. Eloy no emitió un Laudo Arbitral sino un Informe o Dictamen pericial; y d) el Informe o Dictamen pericial emitido por el SR. Eloy no sería ejecutable de conformidad con el art. 517.2.2º de la LEC, a tenor del cual, «Solo tendrán aparejada ejecución: 2º: Los laudos o resoluciones arbitrales firmes». Esto es, tanto del procedimiento seguido por las partes como del contenido del informe emitido, se deduce que el informe cuya nulidad se solicita es un informe o dictamen pericial y no un Laudo arbitral. Por consiguiente, la acción ejercitada en la demanda en la que se pide se declare nulo y, sin efecto el informe emitido por el Sr. Eloy, ex Presidente del Ilustre Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona y de Lleida, de fecha 1 octubre 2018, sobre la revisión a la renta de mercado del contrato de arrendamiento suscrito entre la parte demandante y H.L.R.S.L., y efectuado al amparo de lo regulado en el Pacto Sexto, apartado b) y b1) del contrato, es competencia del Juzgado de Primera Instancia. Sentado lo anterior, el art. 465 LEC dispone: «3. Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el Tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso». De este modo, el Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, en la sentencia de 17 abril 2015, n.º 198/2015, rec. 611/2013, señala: «La Audiencia Provincial ha dado cumplimiento al art. 465.2 de la LEC, conforme al cual «si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso». Como declara la sentencia de esta Sala n.º 868/2011, de 1 de diciembre, esta norma tiene como finalidad esencial evitar que en un mismo proceso se produzca una cadena de apelaciones y por esta razón se impone que, declarada la existencia de una infracción procesal en la sentencia dictada en la primera instancia, no proceda la devolución de las actuaciones a la primera instancia paraque se dicte nueva sentencia, sino que sea la Audiencia Provincial quien resuelva sobre las cuestiones que fueron objeto del proceso. Además, nuestra sentencia n.º 578/2003, de 16 de junio, con cita de varias anteriores, declara que los tribunales de alzada tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, que su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el órgano a quo en el momento de decidir, dentro de los términos en que el debate se desenvolvió, y que la apelación somete al tribunal ad quem el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio. Aunque en determinadas ocasiones, de modo excepcional, la aplicación de esta norma puede adecuarse a las circunstancias concretas en que se desarrolla el recurso de apelación, no es este el caso. En la primera instancia se practicó la prueba propuesta por las partes y admitida por el Juzgado. La Audiencia Provincial, como órgano que también es de instancia, tenía plena cognición para valorar tal prueba y revisar el enjuiciamiento hecho en la primera instancia. La previsión de una doble instancia para los procesos civiles (no para todos) no significa que ambas instancias deban entrar en el fondo del asunto, ni que la Audiencia Provincial deba anular las actuaciones y retrotraerlas al momento anterior a que se dictara la sentencia de primera instancia cuando esta, por razones procesales, no ha entrado en el fondo del litigio». Por lo expuesto, procede revocar la resolución recurrida, declarar la competencia del Juzgado

de Primera Instancia y de esta Audiencia Provincial para conocer del presente procedimiento, y, de conformidad con el art. 465 LEC, este tribunal de apelación debe asumir las funciones de instancia, entrar en el fondo y dictar nueva sentencia, resolviendo las pretensiones de las partes, sin reenviar el asunto al Juzgado a quo, sin que ello suponga infracción del principio de la doble instancia».

[Véase, Luis Felipe Castresana «Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (expert determination)», en la Sección Práctica en Mediación y Arbitraje, supra]

SE DESESTIMA UNA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA O PREJUDICIALIDAD CIVIL Y SE DECLARA LA EJECUTORIEDAD EN ESPAÑA DE 2 LAUDOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE FOSFA INTERNATIONAL EN LONDRES (ATSJ ANDALUCÍA CP 1ª 25 ABRIL 2022)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Contrariedad al orden público — Derecho internacional privado — Litispendencia reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Execuátur: si execuátur.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 25 abril 2022, recurso n.º 4/2021 (ponente: Miguel Pascuau Liaño), desestima una excepción de litispendencia o prejudicialidad civil opuesta por la demandada y otorgamos el reconocimiento y declaración de ejecutoriedad en España de los laudos de Apelación 1160 de 31 marzo 2021 y 1160A sobre las costas de 14 julio 2021, dictados por el Tribunal de Arbitraje de FOSFA International en Londres. Razona este auto del siguiente modo:

«(...) Se invocan por la demandada dos motivos de vulneración del orden público por parte del laudo objeto de este procedimiento. En primer lugar, por la ya expuesta alegación de falso testimonio en el que estaría fundado; en segundo lugar, por incoherencia o arbitrariedad del laudo, al condenar al pago de las costas a la hoy demandante pese a haber reconocido la hoy actora su incumplimiento del contrato, que previamente al arbitraje negaba. Ambos aspectos se analizarán por separado. A) Por lo que se refiere a la vulneración del orden público por estar fundado el laudo en falso testimonio, hemos de remitirnos a lo expuesto en el razonamiento jurídico anterior: la respuesta que el ordenamiento jurídico español ofrece para la eventual existencia de falso testimonio en un procedimiento judicial o arbitral no es más que la formulación de recurso de revisión una vez se produzca condena penal. No cabe, pues, invocarla para fundar una acción de nulidad o para solicitar la denegación del execuátur sobre la base de una vulneración del orden público. B) No es contrario al orden público imponer a la actora en un procedimiento arbitral las costas del arbitraje cuando la pretensión principal de condena (la indemnización de daños y perjuicios) ha sido íntegramente desestimada, pese a que se haya estimado una pretensión declarativa de carácter instrumental, cual es la de incumplimiento de contrato por la otra parte que ni siquiera fue objeto de controversia. Dicho de otro modo, la declaración de incumplimiento sólo era un presupuesto lógico de la pretensión principal, que era la de reclamación de la indemnización de daño y perjuicios, que fue denegada por razones claramente expuestas en el laudo. En consecuencia, ha de estimarse la demanda de execuátur, con condena a la demandada al pago de las costas».

EL TRIBUNAL SUPREMO SE PRONUNCIA SOBRE LA EFICACIA DE COSA JUZGADA DE UN LAUDO PRONUNCIADO EN UN ARBITRAJE TESTAMENTARIO DE EQUIDAD Y CONTENER PRONUNCIAMIENTOS DECISORIOS QUE NUNCA PODRÍAN HABER SIDO PEDIDOS NI OBTENIDOS EN DERECHO (STS CIV PLENO 27 ABRIL 2022)

Arbitraje — Doctrina del Tribunal Supremo — Arbitraje de equidad — Arbitraje testamentario
Laudo: efectos de cosa juzgada.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 27 abril 2022, recurso n.º 2499/2020 (ponente: Ignacio Sancho Gagayo) desestima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 19ª 19 febrero 2020 que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 58 de Madrid de 5 junio 2015 (juicio ordinario 1327/2014). Asimismo, desestimar el recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 19ª, 19 febrero 2020. De acuerdo con el Alto Tribunal:

«(...) Motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación de los motivos primer y segundo.

El motivo primero se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1º LEC y denuncia «la infracción del art. 222.1º LEC (al que se remite el art. 37 LA), puesto que, al haberse dictado el laudo en un arbitraje de equidad y contener pronunciamientos decisorios que nunca podrían haber sido pedidos ni obtenidos en Derecho, la sentencia no debió desconocer la eficacia negativa de la cosa juzgada, en orden a preservar el acceso de los demandantes a la jurisdicción, sino estimar dicha excepción». En síntesis, el motivo denuncia que los pronunciamientos decisorios del laudo, dictado en un arbitraje de equidad, «no podían haber sido pedidos ni obtenidos en Derecho por ninguna de las partes. Y, por lo tanto, la estimación de la excepción de cosa juzgada negativa de ningún modo puede comportar privar a los hermanos actores, ahora recurridos, de acceso a la jurisdicción (...), puesto que la demanda iniciadora del presente proceso persigue hacer posible la ejecución de unos pronunciamientos mero-declarativos que, si no hubiese existido convenio arbitral, aquellos no habrían tenido derecho alguno a obtener de la jurisdicción: ninguno de los hermanos tenía derecho alguno a las permutas de acciones que el laudo consideró equitativamente procedentes».

El motivo segundo también denuncia la infracción del art. 222.1º LEC (al que se remite el art. 37 LA), porque, al haberse ejercitada en la demanda una pretensión mero-declarativa coincidente con el objeto del previo arbitraje, y ser esa el presupuesto de las adicionales pretensiones de condena, la sentencia debió estimar la excepción de cosa juzgada negativa. La Audiencia desestima la excepción de cosa juzgada partiendo de la premisa de que las pretensiones deducidas por los demandantes en el presente proceso se limitan a pedir la transformación de los previos pronunciamientos mero— declarativos del laudo en pronunciamientos de condena, y esa premisa es errónea porque la primera pretensión de la demanda es meramente declarativa y coincide exactamente con lo que fue objeto del procedimiento arbitral. Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo.

El laudo fue dictado en un arbitraje de equidad, bajo la normativa contenida en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuyo art. 37 prescribía que «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada». De este modo, se aplica al laudo arbitral el régimen de cosa juzgada de las sentencias regulado en el art. 222 LEC. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, contenida entre otras en las sentencias 169/2014, de 8 de abril, y 5/2020, de 8 de enero, «la cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva, regulado en el art. 222 LEC. La vinculación negativa impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado y conforme a la vinculación positiva, lo resuelto en el primero debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto».

En el presente caso, el recurso invoca el efecto de cosa juzgada material en sentido negativo del laudo arbitral que «excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo» (art. 222.1º LEC), y «afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes» (art. 222.3º LEC). En principio, y sin perjuicio de las consecuencias de la preclusión de alegaciones del art. 400 LEC, la cosa juzgada material negativa exige una plena identidad de los procedimientos en cuanto a los sujetos, las cosas en litigio y la causa de pedir.

Procede analizar ambos procedimientos, para comprobar en qué medida se cumple en este caso la identidad objetiva, esto es, si el presente procedimiento declarativo tiene por objeto lo que ya fue objeto de controversia en el procedimiento arbitral.

3. El laudo fue dictado en un arbitraje de equidad, conforme al convenio arbitral firmado por los cinco hermanos Doroteo Epifanio Evaristo Dionisio Desiderio (Epifanio, Evaristo, Dionisio, Doroteo y Desiderio) el 13 noviembre 2000 (...).

Como puede apreciarse, el objeto del presente juicio declarativo no es idéntico al del previo arbitraje, precisamente porque lo que se pretende es la adopción de medidas para la efectividad y cumplimiento del laudo. En este juicio declarativo no se vuelve a enjuiciar lo que fue objeto del arbitraje de equidad, sino que, para permitir que el laudo pueda tener efecto ante la oposición de los tres hermanos demandados a cumplirlo voluntariamente, se pedía un pronunciamiento declarativo sobre las concretas acciones que debían ser objeto de transmisión recíproca y los consiguientes pronunciamientos de condena, susceptibles de ser ejecutados. En realidad, no son pronunciamientos meramente declarativos, sino declaraciones exigidas por los pronunciamientos de condena que se solicitan y que serán los que, en caso de incumplimiento voluntario, permitirán una ejecución judicial. Posibilidad que admitimos expresamente en nuestra anterior sentencia cuando declaramos: «Sólo cabe acudir a la jurisdicción para que, sobre la base de lo decidido en el laudo, se dicten los pronunciamientos declarativos de condena necesarios para dar cumplimiento al laudo y acudir a una ejecución forzosa en caso de que los demandados no quieran cumplir voluntariamente». De tal forma que, de acuerdo con la función perseguida con el juicio declarativo de facilitar el cumplimiento del laudo mediante los pronunciamientos declarativos y de condena necesarios, no existe contradicción alguna entre lo resuelto por el laudo y los pronunciamientos

de la sentencia.

4. Y a estos efectos, resulta irrelevante que el laudo hubiera sido dictado en un arbitraje de equidad o de derecho. El auxilio judicial para dar cumplimiento a un laudo puede recabarse tanto respecto de los dictados en un arbitraje de derecho, como de los dictados en un arbitraje de equidad. Lo relevante es que este auxilio judicial se ajuste a lo resuelto por el laudo, en este caso de equidad, y se limite a lo imprescindible para dar cumplimiento a la solución adoptada por el árbitro. Lo anterior no contradice, sino que se enmarca, en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2021, de 15 de febrero: «cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ex aequo et bono *debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material». El presente juicio declarativo parte de la solución que el árbitro consideró más justa, sobre todo el reparto de las participaciones y derechos societarios entre los hermanos, y se limita a facilitar su cumplimiento mediante las especificaciones imprescindibles y los pronunciamientos de condena necesarios».*

«(...) Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo tercero.

El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1º. LEC y denuncia la infracción, por inaplicación, del art. 518 LEC, porque la sentencia no tiene en cuenta que la demanda objeto del presente recurso se interpuso cuando había transcurrido el plazo de caducidad de cinco años establecido para la acción ejecutiva fundada en una resolución arbitral. Los recurrentes entienden que el presente proceso es propiamente un acto preparatorio de la ejecución sujeto al control de caducidad del art. 518 LEC, cuestión de orden público apreciable de oficio en cualquier momento. El dies a quo se situaría en la fecha de la firmeza del título que se pretende hacer valer en el presente proceso, el 28 noviembre 2001, fecha en que el laudo fue aclarado. Desde esa fecha hasta la interposición de la demanda iniciadora de este proceso en 2014 transcurrieron 13 años. Y desde que resultó desestimada la acción de anulación del laudo que interpusieron los recurrentes han pasado 11 años. El procedimiento de división de la herencia dio comienzo cuando habían trascurrido ya siete años desde la firmeza del laudo. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo tercero.

Conforme al art. 518 LEC, «la acción ejecutiva fundada (...) en resolución arbitral (...) caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la (...) resolución». No se ha infringido este precepto, pues la acción ejercitada ahora no es ejecutiva, sino declarativa, sin perjuicio de que facilite el cumplimiento del laudo y permita el posterior acceso a la ejecución judicial, a la vista de la objeción planteada por los tribunales que conocieron de la inicial

solicitud de ejecución. Consta acreditado que los hermanos demandantes instaron la ejecución del laudo dentro de los cinco años del art. 518 LEC, contando que el laudo fue dictado el día 12 noviembre 2001, aclarado el 28 noviembre 2001, y que su anulación, instada por los ahora demandados, fue desestimada por sentencia firme de 18 marzo 2003. Cuestión distinta es que el juzgado estimara la demanda de oposición a la ejecución formulada por los demandados, mediante auto de 1 marzo 2005, que fue confirmado más tarde por auto de la Audiencia Provincial de 20 febrero 2006. Como los propios demandados recurrentes reconocen, se instó a continuación el procedimiento de división de la herencia de la madre, que concluyó por sentencia de 14 febrero 2014. Y fue el día 23 octubre 2014, cuando se presentó la demanda de juicio declarativo que dio inicio al presente procedimiento, que por su naturaleza declarativa de condena no se ve afectada por el plazo de caducidad del art. 518 LEC. Sin perjuicio de que una vez firme la sentencia que ponga término al presente procedimiento, sus pronunciamientos de condena puedan ser objeto de ejecución dentro de los cinco años del art. 518 LEC, a contar desde la firmeza de dicha sentencia (que no del laudo)».

«(...) Motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo cuarto.

El motivo cuarto, planteado de forma subsidiaria respecto de los anteriores, se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1º LEC, y denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 222.4 LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 301/2004 de 22 de abril y 526/2013 de 6 de septiembre). En el desarrollo del motivo se argumenta que, al haber mutado sustancialmente los hechos que sirvieron de fundamento al laudo, desaparece la vinculación del tribunal que debe dictar la segunda resolución, pues el llamado efecto positivo de cosa juzgada vinculante o prejudicial está condicionado a que los hechos que fundamentaron la primera resolución no hayan mutado sustancialmente con posterioridad (STS 301/2004 de 22 de abril). Ese cambio sustancial se puso de manifiesto con el dictamen pericial donde se recoge la enorme diferencia en el valor actual de los dos conjuntos de acciones que, según la demanda, corresponderían a cada uno de los dos grupos de hermanos. El cambio sustancial de circunstancias despojó al título arbitral de sus efectos de cosa juzgada material en sentido positivo. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. 2. Desestimación del motivo cuarto. En su aspecto positivo, «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia (o laudo) firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (art. 222.4º LEC). Los demandados recurrentes, mediante este motivo cuarto, pretenden negar al laudo este efecto vinculante de la cosa juzgada material en sentido positivo, por el cambio de circunstancias que presidieron su emisión y el tiempo transcurrido. Conviene no perder de vista que si, conforme a lo argumentado hasta ahora sobre la naturaleza y sentido del presente procedimiento, se trata de dar cumplimiento al laudo, precisamente por la eficacia de cosa juzgada que genera, no es posible alterar lo resuelto, sino que hay que partir de ello, que es lo que hace la sentencia recurrida, al ser respetuosa con lo decidido previamente por el laudo. Sin que las circunstancias aducidas del cambio de valor de los paquetes de acciones, con arreglo al cual se dictó el laudo de equidad, puedan justificar que se deje sin cumplimiento lo resuelto en el laudo. Máxime cuando los efectos que respecto de la equivalencia de valor ha podido provocar el transcurso del tiempo serían esencialmente

imputables a los demandados, que han hecho todo lo posible para impedir el cumplimiento del laudo: instaron su anulación, pidieron su no ejecución, se opusieron a la ejecución solicitada por los demandantes y, lo que es más importante, no se avinieron a cumplir voluntariamente».

«(...) Motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo quinto.

El motivo quinto, también planteado de forma subsidiaria respecto de los anteriores, se formula al amparo del ordinal 2º del art. art. 469.1º LEC, y denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 222.4º LEC porque, al no respetar la simultaneidad entre la partición de la herencia de la madre común y la efectividad de las permutas de las acciones, el fallo de la sentencia recurrida es contradictorio con lo dispuesto en el laudo. Y los pronunciamientos de la sentencia recurrida no se atienen al contenido del laudo. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo quinto.

Mediante este motivo quinto, los demandados recurrentes denuncian que la sentencia contraría el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo del laudo, al no respetar la simultaneidad entre la partición de la herencia de la madre común y la efectividad de las permutas de las acciones. El motivo parte de una premisa errónea. El laudo acordó lo siguiente: «La liquidación de las participaciones y derechos establecida en este laudo se realizará simultáneamente, incluyendo la división y adjudicación de los bienes que integran el caudal hereditario de D.ª Sonia, que se estimaran incluidas en las adjudicaciones de participaciones y derechos societarios establecidos, todo ello mediante el otorgamiento de los correspondientes documentos públicos o privados que sean precisos». Esto no significa que la liquidación de las participaciones y derechos societarios tengan que hacerse al mismo tiempo que la división judicial de la herencia. Lo que debía ser simultaneo es la liquidación de participaciones y derechos societarios en la forma establecida en el laudo, sin perjuicio de que para que pudiera darse cumplimiento a esta obligación de permutar las acciones entre los hermanos debía realizarse también la partición de la herencia de la madre. Se ajusta mejor a lo resuelto por el laudo, dar cumplimiento a la obligación de permutar las acciones entre los hermanos una vez practicada la partición judicial de la herencia de la madre, que negar el auxilio judicial para que se verifique ese cumplimiento con la excusa de que ya no puede ser simultánea a la partición».

[*Véase Francisco G. Prol Pérez, «El Tribunal Supremo confirma el efecto de cosa juzgada del laudo», en la sección Sentencias seleccionadas», en la sección Sentencias* seleccionadas, supra]

EN APLICACIÓN DE LA DOCTRINA EMANADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL LAUDO NO INFRINGE EL ORDEN PÚBLICO POR NO HABER APRECIADO LA COMPENSACIÓN DE DEUDAS Y ESTÁ SUFICIENTEMENTE MOTIVADO (STSJ ANDALUCÍA CP 1ª 4 MAYO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Ausencia de motivación — Convenio arbitral — Doctrina del Tribunal Constitucional — Inexistencia o falta de validez del

convenio arbitral — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Pensal, Sección Primera, de 4 mayo 2022, recurso n.º 1/2022 (ponente: Muguel Pascuau Liaño) desestima íntegramente la demanda interpuesta en solicitud de nulidad del laudo arbitral dictado el 26 mayo 2021 por la Junta Arbitral de Transporte de Málaga. De acuerdo con este fallo:

«(...) La cuestión se ciñe, pues, a determinar si el laudo infringe el orden público por no haber apreciado la compensación de deudas, y no haber motivado suficientemente su decisión. La STC 65/2021, de 15 de marzo, que la demandante cita en su demanda, no sirve de apoyo a su pretensión, sino que más bien constituye un obstáculo insalvable, habida cuenta de la delimitación que en ella se contiene del concepto de orden público, en el que no se podría incluir una cuestión interpretativa sobre el art. 1156 Cc, y la expresa afirmación de que « el deber de motivación no se integra en el orden público exigido en el art. 24 CE para la motivación judicial», y que de ello 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 adecuación de la motivación, sino únicamente comprobar su existencia». Y la motivación existe. No es una pseudomotivación, o motivación tautológica o aparente, ni adolece de falta de lógica o racionalidad. Más bien lo que ocurre es que la demandante discrepa de ella desde el punto de vista jurídico. El laudo explica por qué no ha atendido la alegación de compensación. Considera que no ha habido reclamación y que por tanto no puede formar parte de la controversia. La aquí demandante entiende que su alegación en el acto de la vista puede considerarse una reclamación; pero ha de hacerse notar que en tal caso, habida cuenta de que la compensación automática procede por deudas líquidas, debía haber acreditado la existencia y exigibilidad de la deuda indemnizatoria en el mismo acto de la vista, sin que baste la sola reclamación con presentación de factura, por cuanto la entidad allí reclamante y aquí demandada no reconoció la responsabilidad. Es verdad que la alusión a que la deuda indemnizatoria procede de incidencias producidas en facturaciones diferentes no sería, en el plano de la legalidad civil ordinaria, un obstáculo por sí mismo para la compensabilidad, pues la compensación no requiere que las deudas lo sean de una misma y única relación contractual. Sin embargo, no es ésa la razón principal que aparece en el laudo para no apreciar la compensación, y en todo caso, tal cuestión no puede tener significación de orden público a efectos del art. 41 LA. No hay falta de motivación, en definitiva, por cuanto subsiste la razón fundamental ofrecida: que no hubo reclamación en forma. En todo caso, tal y como señala la STC 65/2021 de 15 de marzo, «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 los parámetros establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues, es claro, pues, que ni hay falta de motivación ni hay infracción del orden público»».

«(...) En su escrito cumplimentando el trámite del art. 42.1º.b) LA la actora añade un nuevo motivo de nulidad: la inexistencia de convenio arbitral. Como con acierto opone la demandada, en el trámite del art. 42.1º.b) no cabe formular nuevas causas de nulidad que hubieran podido esgrimirse en la demanda. Tan sólo cabe presentar documentos adicionales o proponer práctica de la prueba. En todo caso, la alegación

carece de todo fundamento. En primer lugar, porque en el procedimiento arbitral la hoy demandante no opuso objeción alguna a su tramitación, lo que, aun de modo tácito, comporta sumisión vinculante: no es admisible intervenir en el procedimiento arbitral sin oponerse al mismo e invocar después, cuando el laudo es desfavorable, la inexistencia de convenio arbitral. Y en segundo lugar, por 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».

«(...) La demanda, en consecuencia, debe ser íntegramente desestimada. Y al no apreciarse serias dudas de hecho o de derecho sobre la falta de concurrencia de las causas de nulidad invocadas, procede seguir el criterio general de vencimiento en cuanto a las costas».

SE ANULA UN LAUDO DE CONSUMO PUES LA RESTRICCIÓN A LA FUNCIÓN REVISORA JUDICIAL DEJA INTACTO EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL: NO SE TRATA DE REVALORAR LA PRUEBA SINO DE LA IRREGULAR ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA (STSJ CANARIAS CP 1ª 26 MAYO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Deficiente valoración de la prueba — Doctrina del tribunal constitucional — Anulación total del laudo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 26 mayo 2022, recurso n.º 6/2021 (ponente: Antonio Doreste Armas) estima una acción de anulación contra un laudo dictado por la Junta Arbitral de consumo de Canarias. La presente decisión razona, con referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional de 2020 y 2021, del siguiente modo:

«(...) Proyectando tal doctrina al caso, es de ver que no puede anularse el Laudo por el déficit de motivación que padece, ni menos aún por la carencia de fundamentos jurídicos, de forma que esa razón no permite tal efecto anulatorio, pero sí la infracción de normas procesales imperativas, de orden público adjetivo o procedimental, como luego se va a ver, en especial porque, como se acaba de transcribir, sí que cabe la nulidad en el presente caso («...la anulación sólo puede referirse a errores in procedendo). 2.- Tal línea restrictiva la mantiene la segunda de las sentencias citada, la de 15 junio 2020, cuyo resumen es: A.- La cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible por las partes, no acreditándose la existencia de intereses de terceros en juego. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes. Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes. Debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder

dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada. Así, el arbitraje, como antes se dijo, es un mecanismo heterónomo de resolución de controversias «al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales». Además, el fundamento constitucional del arbitraje, acertadamente, no se sitúa en el art. 24 CE sino en el art 10 CE, lo que remite a la legítima «autonomía de la voluntad de las partes». En este punto se aclara que la sumisión a arbitraje no implica una renuncia general al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sino a su ejercicio en su momento determinado, para lo que la sentencia 2.020 invoca la doctrina de las SSTC 1/2018, de 11 de enero, 174/1995, 75/1996 y 176/1996. En concreto, se remarca que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un 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», como ya había afirmado la STC 11 enero 2018. El fundamento y alcance de la revisión es otro aspecto crucial. Las declaraciones jurisprudenciales en relación con este punto son varias: — quienes se someten voluntariamente a un procedimiento arbitral tienen derecho, claro está, a que las actuaciones arbitrales sean controladas por los motivos de impugnación legalmente admitidos, pero dicha facultad deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos y no del art. 24 CE (FJ 22 STC 2021). — una revisión del fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación (FJ 4 STC 2.020). — el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los fundamentos de Derecho aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Esta afirmación contenida en el FJ 3 STC 2021 se apoya en palabras del propio TSJ cuya sentencia se anula, que, en una resolución de 23 mayo 2012, había señalado cabalmente que «debe quedar fuera de un posible control anulatorio», como explica el TC, «la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión». — 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 vulnera la intangibilidad de una resolución firme anterior» (FJ 2 STC 2021). B.- De esta moderna doctrina, pues se deduce que la restricción a la función revisora judicial deja intacto el orden público procesal, que es la base de la decisión anulatoria (desde ahora se adelanta la conclusión) de la presente Sentencia. Aquí, pues, no se trata de revalorar la prueba (tarea proscrita por la doctrina citada) sino de la irregular atribución de la carga de la prueba».

SE ANULA EL LAUDO, PUES LA CLÁUSULA ARBITRAL CONTROVERTIDA NO SATISFACE EL PRESUPUESTO DE VALIDEZ QUE CIERRA EL ART. 33 CONVENIO CMR (STSJ CATALUÑA CP 1ª 27 MAYO 2022)

Arbitraje — Arbitraje internacional — Acción de anulación — Arbitraje de transportes —

Transporte internacional de mercancías por carretera — Convención de Nueva York de 1958 — Convenio arbitral — Convenio arbitral irregular — Convenio CMR — Derecho de los negocios internacionales — Doctrina del Tribunal Constitucional — Anulación total del laudo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 27 mayo 2022, recurso n.º 28/2021 (ponente: Jordi Segui Puntas) declara nulo y sin efecto alguno el laudo de fecha 1 septiembre 2021 dictado por la árbitro D.ª M.M.G.. Tras referirse a la doctrina del Tribunal de 2021 y 2022 la presente decisión declara que:

«(...) 3. Del relato de hechos precedente se infiere que la árbitro no se pronunció en ningún momento del procedimiento acerca de la validez de la cláusula arbitral desde la óptica del Convenio CMR. Conviene precisar al respecto que tras la reactivación en septiembre de 2020 por la nueva arbitro M.M. del procedimiento arbitral iniciado en el año 2017 por la árbitro inicialmente designada, la defensa letrada de S. planteó el siguiente 11 de diciembre una cuestión incidental previa relativa a la caducidad del procedimiento e instaba a la árbitro a pronunciarse, con carácter preliminar, « sobre la competencia y validez de la cláusula arbitral de acuerdo con el art. 22 LA « (doc. 9 demanda). La parte instante presentó la demanda ante la árbitro señora Mallart el 18 diciembre 2020 dejando constancia en ese escrito de que la controversia giraba en torno al incumplimiento de un contrato de transporte internacional de mercancía por carretera, por lo que hacía continuas referencias a las reglas del Convenio CMR en apoyo de sus pretensiones de fondo. En particular, entre otras, invocaba la legitimación de la agencia de transporte demandante (art. 3), la responsabilidad del porteador por la falta de entrega de la mercancía (art. 17), la inoperatividad de la limitación de responsabilidad del porteador dada la concurrencia de un incumplimiento doloso de contrato (arts. 23 y 29) y la no prescripción de la acción (art. 32). En escrito del siguiente día 31 la demandada insistió en la inexcusabilidad de un pronunciamiento previo de la árbitro sobre su propia competencia, antes incluso del análisis de las excepciones que pudieran plantear las partes, a cuyo efecto, sin indicar expresamente cuál había de ser la razón jurídica que hubiera de aplicar la árbitro para decidir esa cuestión, el letrado de S. explicitaba que se trataba de un arbitraje internacional y que, a su entender, vistas la demanda, la cláusula arbitral y la normativa aplicable, « los requisitos exigidos por la normativa aplicable a la controversia nos llevan a la obligada conclusión [de] que la controversia no está sometida a arbitraje». Como ya se indicó, la decisión de la árbitro acerca de su competencia expuesta en su resolución de 10 enero 2021 atiende únicamente a las exigencias de la ley española de arbitraje sobre la existencia y validez del convenio arbitral. Comoquiera que la árbitro al tiempo que notificaba a las partes su decisión previa sobre la competencia les convocaba a una comparecencia telemática a celebrar el siguiente día 22 de enero para fijar la agenda arbitral, S. presentó un nuevo escrito de fecha 13 de enero en el que planteaba como excepción previa a resolver antes de la comparecencia, la invalidez del convenio arbitral con argumentos ya explícitamente centrados en el art. 33 del Convenio CMR. En el escrito de contestación a la demanda presentado el 29 marzo 2021 STREVER dedicó una excepción a la falta de competencia de la árbitro por invalidez de la cláusula arbitral, reproduciendo los argumentos que en tal sentido había expuesto en el escrito de 13 de enero y en la comparecencia inicial celebrada el siguiente 9 de febrero.

4. Expuesto cuanto antecede, la causa de nulidad objeto de examen debe ser estimada por las razones que se exponen a continuación. Ambas partes coinciden en afirmar que el contrato de transporte que ha

dado pie al presente litigio se halla sometido al Convenio de Ginebra de 1956, ya que consiste en un porteo por carretera de mercancía entre un lugar de toma de la carga y un lugar de entrega situados respectivamente en España y Rusia, por lo que se trata de una relación jurídica que cumple las exigencias del art. 1.1 CMR siendo así que ambos países han suscrito ese Convenio (la URSS, hoy Federación de Rusia, fue uno de los firmantes originarios del Convenio en Ginebra, y España se adhirió a él casi dos décadas más tarde). El art. 33 Convenio CMR cierra el capítulo V destinado a las reclamaciones y acciones con la siguiente norma: «[e]l contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que el Tribunal aplicará el presente Convenio». Este último inciso debe ponerse en relación con la imperatividad del Convenio CMR sancionada en su art. 41.1º: «Bajo la reserva de las disposiciones del art. 40 [autoriza a los transportistas sucesivos a regular libremente el derecho de repetición y los efectos de la insolvencia de uno de ellos], toda cláusula que directa o indirectamente derogue las disposiciones del presente Convenio será nula y no tendrá ningún efecto». Por su parte, la ley española de arbitraje destina el art. 9 a regular la forma del convenio arbitral con un refuerzo del «criterio antiformalista», disponiendo en concreto su ap. 6 que «cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español». La exposición de motivos de la Ley 60/2003 justifica esa norma diciendo que « se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el ap. 6 del art. 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español». En esa misma línea se inscribe el art. II.1 de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (CNY), al que se adhirió España por Instrumento de 29 abril 1977, conforme al cual los Estados firmantes se obligan a reconocer «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas la diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir ente ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje», y la recomendación adoptada por la UNCITRAL en julio de 2006 aclarando que los arts. II.1º y VII.1º CNY deben ser aplicados de manera que «se permita a una parte interesada hacer valer los derechos que pueda tener, bajo el derecho o los tratados del país donde se pretende invocar un acuerdo de arbitraje, para solicitar el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo de arbitraje». En definitiva, se trata de conceder la máxima potencialidad al principio de la « regla más favorable».

5. Debe partirse de que el arbitraje objeto del presente litigio es internacional ya que concurren dos de las circunstancias requeridas por el art. 3.1º LA para considerarlo así: en el momento de celebración del convenio arbitral las partes tenían sus domicilios en Estados diferentes (España y Rusia) y la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta a intereses del comercio internacional.

4. Además, es innegable que las partes no eligieron unas normas que hubieran de regir el convenio arbitral ni el fondo de la controversia. Sobre tales premisas cabe afirmar que el convenio arbitral litigioso cubre los requisitos extrínsecos de forma exigidos por el derecho español. Así es porque la cláusula arbitral consta por escrito en un contrato principal de transporte suscrito por ambas partes y porque la

misma refleja de modo indiscutido la voluntad de ambos de someter las controversias que genere esa relación contractual a un «Tribunal Arbitral». Resulta pues de aplicación el tercero de los criterios establecidos en el art. 9.6º LA, de modo que conforme al derecho español el convenio arbitral litigioso cumple las mínimas exigencias de forma requeridas por el art. 9.3º LA.

6. Ahora bien, dado que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno (art. 96.1º CE y arts. 28 y 31 de la Ley 25/2014, sobre Tratados y otros Acuerdos internacionales), la validez del convenio arbitral está supeditada asimismo a las exigencias formales intrínsecas derivadas de la regulación sectorial aplicable al caso. Desde esta perspectiva, la cláusula arbitral controvertida no satisface el presupuesto de validez que cierra el art. 33 Convenio CMR. Con la exigencia de que la cláusula arbitral «prevea» —esto es, establezca expresamente, ya que se antoja prácticamente imposible una previsión tácita— que el tribunal arbitral aplicará las normas reguladoras del transporte internacional de mercancías por carretera contenidas en el Convenio CMR, se está reafirmando la imperatividad prácticamente total de sus disposiciones (art. 41.1º), en un intento por propiciar la mayor uniformidad posible en el tratamiento de las controversias que origine esa clase de transporte internacional, preservando la composición de intereses ente cargadores y transportistas a que responde la norma (señaladamente, los límites cuantitativos de responsabilidad del porteador). Se pretende evitar una elusión de las normas imperativas del Convenio CMR a través de la estipulación de una cláusula arbitral que no establezca nítidamente que las normas de ese convenio regirán la decisión de la controversia, máxime si se tiene en cuenta (i) que sin esa referencia directa las partes o el tribunal arbitral pueden ignorar la inexcusable aplicación del Convenio CMR, y (ii) que es más factible obtener la anulación de un laudo dictado sin respetar la voluntad expresa de las partes que no por el mero hecho de haber dejado de aplicar al fondo de la controversia la norma imperativa pertinente.

7. La aplicación del art. 33 Convenio CMR por los tribunales abona la interpretación estricta de la norma acorde con su finalidad. Así, el auto 184/2010, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) estimó una declinatoria de jurisdicción planteada por el porteador en un contrato de transporte internacional con fundamento en el carácter terminante del precepto, que estaría destinado a eludir el riesgo de que « en sede de arbitraje pueda soslayarse el convenio CMR como obligado marco de referencia para solventar la contienda», hasta el punto de que no considera bastante que en otro pasaje del contrato distinto del que recoge la cláusula arbitral se aluda al Convenio CMR como la norma aplicable. La sentencia TSJ Comunidad Valenciana 5/2017, de 27 de abril, deja entrever una interpretación en el mismo sentido, por cuanto se cuida de precisar, en un conflicto generado por un transporte internacional sujeto al Convenio CMR, que la pretensión de nulidad del laudo formulada por una de las partes versaba únicamente sobre la determinación de la Junta Arbitral de Transporte (Girona o Alicante) que resultaba territorialmente competente, pese a que la validez del convenio arbitral mismo pudiera suscitar dudas a la luz del art. 33 Convenio CMR. En la misma línea apunta nuestra sentencia 24/2018, de 12 de marzo, invocada por la demandante de nulidad, por más que la razón decisoria de esa resolución radicase en la afirmación de que la presunción legal de convenio arbitral sancionada en el art. 38.1º, párrafo 3, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), no resulta de aplicación a un contrato de transporte terrestre de mercancías sometido al Convenio CMR carente de toda cláusula arbitral. A tal efecto se hacía referencia a la exigencia de convenio arbitral expreso sancionada por el art.

33 Convenio CMR y a la imperatividad y preferencia de las disposiciones de carácter internacional que resulta de los artículos 65 y 106 LOTT y 28 a 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. En uno de los razonamientos de la STSJ 24/2018 se lee que «[l] a legislación internacional exige la existencia de la cláusula arbitral y que además esta haga referencia a la obligación de aplicar el CMR. Regula por tanto la posibilidad de arbitraje si existe la voluntad expresa de las partes en tal sentido y sumisión al Convenio como ley aplicable al contrato. Resulta dicha norma contradictoria con el contenido del art. 38.1 párrafo 3 de la LOTT pues el art. 33 del CMR exige la cláusula y el art. 38.2º la LOTT atenúa las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción ope legis de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía y ninguna de las partes ha mostrado su disconformidad. La contradicción debe resolverse a favor del art. 33 del CMR, el cual no exige de complemento o supletoriedad alguna, al seguir la regla general en materia de arbitraje (art. 9 LA)». La meritada sentencia concluía recordando la doctrina del TC contraria a una interpretación extensiva del arbitraje en la medida en que ello pudiera ir en menoscabo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (entre otras, STC 1/2018, de 11 de enero). Digamos por último que nuestra sentencia 13/2017, de 13 de marzo, más arriba mencionada, no es determinante al respecto, puesto que la misma no entró en el examen de validez del convenio arbitral en liza. Nótese que dicha resolución se cuidó de recordar que en el procedimiento de designa judicial de árbitro «el juez no está llamado a realizar un control de los requisitos de validez del convenio, puntualizando la propia Exposición de Motivos que el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que no existe un convenio arbitral, lo cual viene corroborado y concuerda con lo estatuido en el citado art. 15 de la LA». En aquel supuesto no se había puesto en tela de juicio la validez de la cláusula arbitral a la luz del Convenio CMR. En la misma línea de interpretación estricta del art. 33 Convenio CMR la doctrina menciona resoluciones de tribunales de otros países. Así, la sentencia del Oberlandesgeritch Köln de 2 agosto 2005 y la del Oberlandesgeritch Koblenz de 22 febrero 2007.

8. En definitiva, el obligado análisis de la validez de la cláusula arbitral controvertida desde la óptica del Convenio CMR —que la árbitro del supuesto enjuiciado en ningún momento llegó a efectuar— conduce a la apreciación de su invalidez por falta de uno de los requisitos legales, cual es la previsión de que el Tribunal Arbitral habría de aplicar al fondo de la controversia el Convenio CMR».

EL LAUDO HA SIDO ADOPTADO TRAS EL ANÁLISIS DE LAS POSTURAS DE LAS PARTES Y LA PRUEBA SOMETIDA A SU APRECIACIÓN, Y NO SUPONE INFRACCIÓN DEL TAN MANIDO ORDEN PÚBLICO (STSJ PAÍS VASCO CP 1ª 1 JUNIO 2022)

Arbitraje — Acción de anulación — Doctrina del Tribunal Constitucional — Inexistencia o falta de validez del convenio arbitral — Orden público — Anulación improcedente

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 1 junio 2022, recurso n.º 5/2022 (ponente: Nekane Bolado Zárraga), desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral sustentada en dos apartados del art. 41.1º LA: letra f) Que el laudo es contrario al orden público, y, letra a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

La presente decisión, tras una referencia a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, declara que:

«(...) A la luz de los parámetros de revisión anteriores, procede desestimar la acción de nulidad de laudo interesada: el laudo, acertado o no, no puede ser reputado contrario al orden público en el sentido antes descrito, por lo que esta Sala debe confirmarlo. Es meridianamente claro que no se ha producido un error in procedendo en el sentido a que se refiere el art. 24 LA, habiéndose respetado la igualdad de las partes, como por otro lado ha reconocido implícitamente la parte actora al no alegar que concurriese en el laudo vicio alguno en este sentido. Tampoco se ha producido por parte del árbitro una contravención del orden público material, de esos « 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», al concluir, tras enunciar lo planteado por las partes y las pruebas sometidas a su apreciación, y, en aplicación de las normas que cita expresamente que el acuerdo en cuestión, «ha devenido firme por falta de impugnación del mismo dentro del plazo establecido por la ley, de manera que la pretensión del arbitraje debe ser desestimada».

Nuestra misión no es verificar lo adecuado a Derecho (es un laudo de equidad, por otra parte) de las decisiones que toman los árbitros, sino que estas respetan lo más íntimo de nuestro sistema constitucional, y el laudo impugnado lo hace; a partir de ahí su acierto o no —aspecto que no se juzga aquí— es consecuencia del ejercicio de la libertad que supuso acudir a un sistema de resolución de controversias ajeno al judicial, una de cuyas principales características es la ausencia de recursos ordinarios, el encontrarnos ante un sistema de « un único tiro».

La razón alegada por la parte actora, esto es, que lo pretendido por el demandante no es la nulidad del acuerdo adoptado el 21 marzo 2018, sino la discrepancia acerca de los porcentajes y los pagos comunitarios y que según ello el acuerdo es nulo y no anulable lo que impide la apreciación de la caducidad, más allá de que es nueva (ver FJ 3º del Laudo (pág.8 de 13), reiterado al denegar (auto 27 diciembre 20221) la aclaración solicitada (ver Antecedente 2º y FJ II del auto)), no pueden considerarse contravenciones de los principios básicos de nuestro sistema. La caducidad de la acción es consecuencia de la pretensión ejercitada por el demandante a lo que se opuso la parte demandada, oposición que fue acogida por el árbitro, lo que no supone falta de motivación y de ninguna manera, indefensión para la parte demandante. La decisión ha sido adoptada tras el análisis de las posturas de las partes y la prueba sometida a su apreciación, tomando una decisión que no satisface lo querido por el demandante, pero que no supone infracción del tan manido orden público, al no haber contravención de principios básicos de nuestro sistema constitucional.

En cuanto a la invocación de la causa de la letra a) (convenio arbitral no existe o no es válido) no sólo no tiene justificación alguna en el escrito de demanda, sino que además es el árbitro el que expresamente recoge su existencia (ver Antecedente 1º (pág. 2 de 13) y FJ 2º (pág. 8 de 13)), amén de los documentos presentados por la propia parte demandante, incluida la resolución jurisdiccional declarando la falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje, por lo que su existencia es clara, siendo el árbitro, en aplicación del principio konpetenz-konpetenz *(art. 22.1º LA), el que entendió ser competente para resolver la cuestión de fondo que concluyó con la declaración de caducidad de la acción».*

[Véase, Jesús Campos Candelas, «Acerca de la recurrente invocación del orden público para sustentar la acción de anulación y de supuesta intangibilidad material del laudo que contrarie normas imperativas», en la sección Sentencias seleccionadas, supra]

ANULACIÓN PARCIAL DE UN LAUDO ARBITRAL POR NO APRECIARSE UNA VOLUNTAD DE LA DEMANDANTE DE NULIDAD RELATIVA ESPECÍFICAMENTE AL CONVENIO ARBITRAL QUE SE SUPERPONGA A LAS FORMAS EMPLEADAS (STS CATALUÑA CP 1ª 13 MAYO 2022 Y AUTO ACLARATORIO 2 JUNIO 2022)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Acción de anulación — Auto aclaratorio — Doctrina del Tribunal Constitucional — Convenio arbitral: inexistencia o falta de validez del convenio — Convenio arbitral inserto en cláusula de adhesión — Anulación parcial del laudo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 mayo 2022, recurso n.º 25/2021 (ponente: Jordi Segui Puntas) estima una demanda de nulidad de un laudo emitido por un árbitro en arbitraje administrados por el Tribunal Arbitral del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Tarragona. Tras sentar doctrina en torno a la naturaleza y finalidad de la institución arbitral, la presente decisión se centra en la inexistencia de convenio arbitral:

«(...) es incontrovertido que al pie del contrato figura una nota que reza «el presente contrato ha sido confeccionado por la Asesoría Jurídica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de conformidad con la legislación vigente». La cláusula 12ª dedicada al arbitraje constituye por sí sola una condición general de la contratación, ya que figura con la redacción estereotipada correspondiente a ese tipo de contrato, sin otra adición a mano que la indicación de que la Corte de Arbitraje del COAPI encargada de la administración es la de Tarragona. No obra en los autos comunicación alguna entre las partes de fecha anterior al contrato que denote la asunción por la sedicente coarrendataria Belén de la cláusula arbitral 12ª del arrendamiento.

5. La aplicación de la doctrina expuesta a los hechos acreditados conduce a la estimación del primer motivo de nulidad, haciendo inútil el examen de los otros dos motivos también deducidos en la demanda. En efecto, limitado ese primer motivo de nulidad a la apreciación de la existencia de un convenio arbitral que vincule a Belén, dejando imprejuzgada la cuestión relativa a la extensión subjetiva del inquilinato, la conclusión ha de ser forzosamente negativa aun siguiendo el criterio antiformalista que inspira la vigente ley de arbitraje. De entrada, en el presente supuesto Belén no manifestó su voluntad de someter al arbitraje las controversias que pudieran surgir en el desenvolvimiento del arrendamiento de la vivienda de Valls por medio de la vía más común, cual es la firma del contrato que contenía el convenio arbitral. Tampoco consta que cruzara con el arrendador o con su mandatario señor Carlos comunicación alguna reveladora de ese consentimiento específico (art. 9.3º LA). Los actos desarrollados por Belén tras la firma del contrato entre Álvaro e Noemi están relacionados estrictamente con el desenvolvimiento del contrato (pago de la renta y de la fianza, cambio de la titularidad de los suministros de la vivienda), por lo que no son demostrativos de la ratificación ex post (art. 1259 CC) de la específica cláusula arbitral contenida en el contrato. Tampoco nos hallamos frente a la hipótesis de surgimiento del convenio arbitral por remisión

de las partes a un documento que contuviera este (art. 9.4º LA), ni cabe acudir a un consentimiento por silencio dado que en el procedimiento arbitral no llegó a producirse el inexcusable intercambio de escritos de demanda y contestación (art. 9.5º LA).

5. En último término, el contrato de arrendamiento que contiene la cláusula arbitral no puede ser calificado de adhesión en los términos de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, ya que no hay base para afirmar que las cláusulas predispuestas que integran el contrato —entre otras, la 12ª relativa al arbitrajefuesen impuestas por el arrendador a la contraparte, ni tampoco consta que aquel actuase en calidad de profesional, esto es, en el marco de «una actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada» (art. 2.2º LCGC). En conclusión, no es apreciable una voluntad de la demandante de nulidad relativa específicamente al convenio arbitral que se superponga a las formas empleadas.

6. Habida cuenta que la pretensión deducida en la demanda de nulidad concierne únicamente a Belén, es factible la declaración de nulidad parcial del laudo restringida a esa persona física, lo que comportará la anulación únicamente de los pronunciamientos del laudo alusivos a dicha persona».

Esta decisión fue objeto de un Auto aclaratorio de 2 junio 2022 aclaratorio de 2 junio 2022, recurso n.º 25/2022 que resolvió el supuesto error material que contendría la frase que abre el fundamento jurídico tercero, cuanto hace referencia al carácter no controvertido de la cuestión relativa a la suscripción del contrato de arrendamiento que contiene la cláusula arbitral motivadora del litigio, ya que en la tesis de la demandada había de entenderse que la coarrendataria Belén prestó un consentimiento verbal. De acuerdo con dicho auto:

«(...) El párrafo cuestionado es del siguiente tenor: «Es un hecho incontrovertido que el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la ... de Valls (Tarragona), de fecha 1 junio 2018, fue suscrito por Álvaro en calidad de arrendador y por Noemi en calidad de arrendataria, pese a que en el encabezamiento del contrato figura en el epígrafe destinado al arrendatario la conjunción « Noemi — Belén «. Se complementa con el párrafo siguiente que reza «No aparece, por tanto, en ninguna de las hojas de ese contrato la firma de Belén «. Habida cuenta que, según el Diccionario de la Lengua Española (RAE), la palabra suscribir —o suscribir si se quiere mantener el grupo consonántico etimológico— significa en su primera acepción «firmar al pie o al final de un escrito», no se advierte error material alguno en el párrafo cuestionado, limitado a subrayar que Belén no había estampado su firma en el contrato principal de arrendamiento que incluía la cláusula arbitral cuya existencia negaba la demandante de nulidad».

«(...) De otro lado, la parte demandada entiende que la sentencia incurre en oscuridad en la medida en que no se pronuncia acerca de la fuerza obligatoria del contrato principal frente a Belén, «amb independència que no es pugui entendre aplicable la clàusula arbitral en tant no hi ha una acceptació expressa per part de la Sra. Belén de la mateixa». No se advierte oscuridad alguna en los términos planteados por la parte demandada. Antes al contrario, este tribunal hubiera incurrido en exceso de jurisdicción en caso de entrar en el análisis de la fuerza vinculante del contrato de inquilinato respecto de la señora Belén, siendo así que la causa de anulación del laudo a que se contraía nuestro análisis por imperativo del art. 41.1º.a) LA, se refería estrictamente a la existencia o inexistencia de convenio arbitral, lo que explica el inciso del FJ quinto de nuestra sentencia conforme al cual «[...] limitado ese primer motivo de nulidad a la apreciación de la existencia de un convenio arbitral que vincule a Belén, dejando

imprejuzgada la cuestión relativa a la extensión subjetiva del inquilinato [...]». (...) Por las razones expuestas la solicitud aclaratoria formulada por la parte demandada debe ser rechazada toda vez que no se aprecia en la resolución error material o concepto oscuro algunos precisados de aclaración o subsanación».

LA DEMANDA DE ANULACIÓN DEL LAUDO DE TRANPORTES FUE INTERPUESTA UNA VEZ TRANSCURRIDO CON CRECES EL PLAZO DE DOS MESES PREVISTO EN EL ART. 41.4º LA (STSJ CATALUÑA CP 1ª 3 JUNIO 2022 Y OTRAS DECISIONES DE LA MISMA FECHA)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Anulación fuera de plazo — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 junio 2000, recurso n.º 1/2022 (ponente: María Eugenia Alegret Burgues) desestima una demanda de nulidad del laudo emitido por la Junta Arbitral del Transport de Catalunya, con la siguiente argumentación:

«(...) Comoquiera que en el supuesto enjuiciado el laudo fue dictado por un tribunal arbitral encuadrado en la Administración pública (el servei de la Junta Arbitral del Transport se integra en la Direcció General de Transports i Mobilitat del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya), sus comunicaciones con las partes se sujetan a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). De hecho, el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres establece que en las notificaciones a las partes, a cargo de la secretaría de las Juntas Arbitrales del Transporte, «será de aplicación la legislación de procedimiento administrativo» (art. 9.6º, tercer párrafo, Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre). Una de las novedades de la precitada ley 39/2015 estriba en la obligación de determinadas personas de relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas. Entre otras, el art. 14.2º.a) LPAC impone esa obligación a «las personas jurídicas». En relación con la notificación de los actos administrativos, la propia ley (art. 40) dispone, en lo que aquí interesa, que «[...] el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes», y en el punto 2 añade que «Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente». Acerca de las condiciones generales para la práctica de las notificaciones el art. 41 dispone que «1. Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. [...] Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se

incorporará al expediente. Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Adicionalmente, el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, pero no para la práctica de notificaciones. [...] 3. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración. Cuando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. 4. En los procedimientos iniciados de oficio, a los solos efectos de su iniciación, las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal, remitidos por las Entidades Locales en aplicación de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. 5. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento. 6. Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida». La exposición de motivos de la Ley 39/2015 justifica esa opción normativa indicando que «merecen una mención especial las novedades introducidas en materia de notificaciones electrónicas, que serán preferentes y se realizarán en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, según corresponda. Asimismo, se incrementa la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones como: el envío de avisos de notificación, siempre que esto sea posible, a los dispositivos electrónicos y/o a la dirección de correo electrónico que el interesado haya comunicado, así como el acceso a sus notificaciones a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración que funcionará como un portal de entrada». Por último, la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos se regula en el art. 43 LPAC del siguiente modo: («...»)

El RD 1112/2018, de 7 de septiembre, que traspone en España la Directiva (UE) 2016/2012, establece las condiciones de accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, fijando que en cada portal debe existir una declaración de accesibilidad según el estándar normalizado europeo. A su vez, la Generalitat de Catalunya estableció en la Orden PDA/20/2019, de 14 de febrero, las condiciones para la puesta en funcionamiento de la relación electrónica obligatoria implantada por la Ley 39/2015, remitiendo a los obligados a la información que

fuera publicando la sede electrónica de la propia Generalitat, en particular acerca de la identificación de los trámites puestos a disposición de los sujetos obligados y del sistema de acceso a las notificaciones electrónicas. Uno de los servicios de notificaciones electrónicas puestos de disposición de los interesados por el Consorci AOC (Administració Oberta de Catalunya) consiste en la plataforma eNOTUM.

5. Debemos comenzar significando que, conforme resulta de las actuaciones (doc. o demanda, archivo electrónico de apoderamientos judiciales), el domicilio social de Magna Seating Spain SAU radica en una nave situada en un polígono industrial del Prat de Llobregat. En relación con lo anterior, nótese que en el formulario o full de demanda que dio origen al expediente arbitral rellenado en marzo de 2020 por Sertrans ante la JAT dependiente de la Generalitat de Catalunya, figura como dirección postal a los efectos de notificaciones dirigidas a la demandada un domicilio radicado en la localidad valenciana de Almussafes (avenida de la Foia 22, parque industrial Juan Carlos I), aunque por error se omitiese la mención a la expresada localidad, amén de consignarse también una dirección electrónica de contacto (...). Sin embargo, en la factura adjunta a ese formulario claramente se expresa que el domicilio social y fiscal de Seating Magna Spain radica en el Prat de Llobregat, sin perjuicio de reseñarse —esta vez correctamente— la dirección postal de Almussafes. Junto a lo anterior, consta en las actuaciones que Magna Spain fue citada por la JAT a la vista a celebrar el 24 febrero 2021 por vía electrónica, a través del sistema o plataforma de la Generalitat de Catalunya eNOTUM a las 9:25:18 horas del día 1 febrero 2021 (docs. 3D y 3F). Del mismo modo, constan evidencias de la notificación electrónica del laudo dictado en fecha 24 febrero 2021 llevada a cabo por la JAT por medio asimismo del sistema eNOTUM, consistente en la puesta a disposición a las 9:05:02 horas del día 26 de febrero y el rechazo de la notificación el siguiente 9 de marzo (docs. 3K y 3M demanda). La propia demandante no niega que le sea aplicable el régimen imperativo de las notificaciones de actos administrativos aplicable a las personas jurídicas, sino que alega que no está dado de alta en la plataforma eNOTUM de la Generalitat, pareciendo reprochar además a esa Administración que haya creado un portal « independiente a la plataforma electrónica genérica de carpeta ciudadana». Frente a ello cabe afirmar que la concordancia del régimen de notificación de los actos administrativos diseñado por la Ley 39/2015 con la hoja informativa elaborada por la Generalitat de Catalunya en la que se expone a grandes rasgos la operativa de la plataforma eNOTUM (doc. 15 demanda), muestra que tratándose de sociedades mercantiles la vía de comunicación común es el canal empresa, incumbiendo a cada una de las personas jurídicas sujetas por ley a la vía electrónica de comunicación la activación de alguna de las vías de acceso (contraseña de un solo uso; idCAT mòbil; certificado digital) al portal electrónico de la Administración, en este caso, la catalana. Entender lo contrario haría ilusorio el propósito legislativo de someter a todas las personas jurídicas al estricto régimen de notificación electrónica de los actos administrativos. De otro lado, ha de calificarse de irrelevante la circunstancia de que el aviso de la notificación del laudo fuese ciertamente enviado por la JAT a una dirección de correo errónea (DIRECCION001 por DIRECCION000), ya que esa actuación complementaria de la Administración no incide en la validez de la notificación, como declara expresamente el art. 41.6 ºLPAC más arriba transcrito.

Añadiremos en este sentido que la STC 6/2019, de 17 de enero, reafirma desde la perspectiva del art. 24.1º CE la plena constitucionalidad del art. 152.2º, tercer párrafo, in fine, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), precepto similar al mencionado art. 41.6º LPAC, resaltando a tal efecto que el aviso de la puesta a disposición de un acto de comunicación —en ese caso judicial— no integra ese acto.

En conclusión, la demanda de anulación del laudo fue interpuesta una vez transcurrido con creces el plazo de dos meses previsto en el art. 41.4º LA, ya que el día inicial del cómputo del plazo es el 9 marzo 2021 y la demanda tuvo entrada en este tribunal el siguiente 14 de septiembre.

Siendo ese plazo indiscutiblemente de caducidad y alcanzando a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella (entre otras, SSTSJ Catalunya 31/2013 y 66/2015 antes citadas), ello debe acarrear en el presente estado de las actuaciones la desestimación de la pretensión anulatoria formulada por Magna Seating Spain».

[*Véase en el mismo sentido: STSJ Cataluña CP 1ª 3 junio 2022 n.º 22/2022, STSJ Cataluña CP 1ª 3 junio 2022 n.º 23/2022, STSJ Cataluña CP 1ª 3 junio 2022 n.º 24/2022, STSJ Cataluña CP 1ª 3 junio 2022 n.º 39/2022*]

ACTIVIDAD INSTITUCIONAL

ASOCIACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE (ASEMARB)

La Asociación para el Ejercicio de la Mediación y el Arbitraje (ASEMARB), fruto de una alianza estratégica entre el Ilustre Colegio de Abogado y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Sevilla

El Colegio de Abogados de Sevilla y la Cámara de Comercio de la capital andaluza fundaron la Asociación para el Ejercicio de la Mediación y el Arbitraje (ASEMARB) con la idea de ser un referente en la resolución de conflictos en el sur de España gracias a la mediación, el arbitraje y la apuesta por la formación.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La carga de asuntos que soportan nuestros Juzgados, el retraso en la resolución de los procedimientos judiciales y el alto grado de conflictividad social y personal que los mismos conllevan, son argumentos de mucho peso para trabajar en fórmulas alternativas para la resolución de conflictos. Hace años que el Tribunal Supremo dispuso en una sentencia que «una justicia tardía equivale a una denegación de la justicia». Y, desgraciadamente, esa lentitud y retraso en los procedimientos crea situaciones de inseguridad jurídica al que hay que ponerles remedio.

Y esa es la razón de ser de este proyecto —abordar nuevos medios para la solución de los conflictos—, con el que ASEMARB está plenamente identificado y en el que viene trabajando desde su fundación.

II. QUÉ ES ASEMARB

ASEMARB es una institución local y de confianza a disposición de profesionales, empresarios y de la ciudadanía en general. Sus objetivos pasan directamente por fomentar el conocimiento y el uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos, ofrecer formación especializada y prestar servicios de calidad que le permitan convertirse en un centro de referencia.

La mediación y el arbitraje son recursos que el Centro ofrece a la sociedad y la ciudadanía para que, en un entorno profesional, confidencial y especializado, puedan confiar en profesionales de prestigio la resolución de sus controversias. Son métodos especializados y eficaces, que cuentan con absoluta confidencialidad para la resolución de conflictos.

III. VENTAJAS DEL ARBITRAJE ASEMARB

La Asociación para el Ejercicio de la Mediación y Arbitraje busca ser un referente en la resolución de conflictos, entre ellos, el arbitraje: una de las armas más importantes del Estado de Derecho para resolver de forma eficaz y rápida conflictos de cualquier índole.

En su página web (www.mediacionyarbitraje.es/seccion–arbitraje/) se puede acceder y consultar toda la documentación técnica de la Sección de Arbitraje: Solicitud de Mutuo Acuerdo, Solicitud unilateral, Reglamento de arbitraje, Costes de arbitraje y honorarios profesionales, Terminación Anticipada, bonificaciones aplicables, ...

IV. MEDIACIÓN

ASEMARB trabaja para ofrecer a las partes un entorno seguro en el que dirimir sus diferencias. Acudir a mediación consiste en asistirse de un tercero neutral que ayude a las partes a encontrar una solución negociada a su conflicto. Todo ello con las ventajas que aporta la flexibilidad, la confidencialidad y la rapidez del proceso.

ASEMARB ofrece profesionales del más alto nivel que se acercarán a su caso de forma profesional y respetuosa con todos los intereses en conflicto. El coste de acudir a mediación es inferior al de un juicio u otros métodos de resolución de conflictos.

En la página web (www.mediacionyarbitraje.es/mediacion–ASEMARB–servicios/) se puede encontrar toda la documentación técnica de la Sección de Mediación de ASEMARB: Solicitud de mutuo acuerdo, solicitud unilateral, Reglamento de mediación, bonificaciones aplicables, línea de apoyo para asuntos de cuantía reducida, costes de la mediación y honorarios profesionales.

V. FORMACIÓN

La formación es otro de los servicios que ofrece ASEMARB y que también suponen una nota diferencial con otras instituciones. Para el centro, la formación es una herramienta de trabajo, difusión y divulgación y un elemento de transformación y cohesión social para letrados, profesionales y empresarios. La formación está dirigida principalmente a árbitros y mediadores de la Asociación, empresas e instituciones, profesionales interesados en el ejercicio de la mediación y el arbitraje, abogados, gerentes, CEOs, CFOs o Directores de RRHH de empresas e instituciones del sector público y privado.

Entrevista a Carlos Rodríguez Díaz, Gerente de ASEMARB (14 noviembre 2022)

Carlos Rodríguez Díaz, es el responsable del Centro ASEMARB desde el pasado 1 de octubre. Ejerce como abogado desde el año 2005, dirigiendo en la actualidad su propio despacho. Especialista en derecho de la empresa, lleva más de una década vinculado al mundo de los métodos alternativos de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje. Árbitro desde la fundación de ASEMARB, ha sido ponente, profesor y director de diferentes cursos y jornadas sobre Arbitraje. En la actualidad, es profesor de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en el Máster de Abogacía de la Universidad de Sevilla y profesor de Arbitraje en el Doble Máster de Abogacía y Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Loyola Andalucía. Además es gerente de Guadaliuris y profesor de Derecho Civil en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

¿CUÁL ES LA APORTACIÓN DE VALOR DE UN CENTRO COMO ASEMARB?

Para mi ASEMARB tiene dos elementos que lo diferencian de otros Centros. La primera, sus socios fundadores: La Cámara de Comercio y el Colegio de Abogados. La unión en un mismo proyecto de todo el tejido empresarial que abarca la Cámara, así como los profesionales de la abogacía que engloba el Colegio, hace que estas dos instituciones de Derecho Público puedan aunar los ingredientes necesarios para ofrecer un servicio de calidad y solvencia a la sociedad. Para mí es el gran valor añadido que aporta y la nota diferencial frente a otras Cortes o Centros de resolución de conflictos. Y la segunda, que se trata de un Centro «multidoor», en el sentido de que el Centro tiene dos secciones, ambas separadas, cada una con su Reglamento, sus honorarios, sus profesionales independientes, etc. Incluso hay veces, que cuando existe un procedimiento arbitral, si el Centro considera que, por la cuantía o las circunstancias personales de las partes, es aconsejable dirigir la controversia a una mediación, así se lo expone a las partes. Es decir, existe también un asesoramiento de la mejor fórmula para resolver el conflicto.

¿QUÉ OBJETIVOS SE PLANTEA ASEMARB A CORTO O MEDIO PLAZO?

ASEMARB quiere ser la entidad de referencia del sur de España en la prestación de servicios de mediación y arbitraje, como vía extrajudicial de resolución de conflictos para organizaciones

(empresas, entidades públicas y privadas, instituciones, etc.) y personas físicas. Quiere trabajar para la difusión y el conocimiento de estos métodos en el ámbito empresarial, jurídico y formativo, y potenciar la preparación de personas, altamente cualificadas, que actúen como árbitros y mediadores en la prestación de sus servicios.

¿CÓMO ES EL ELENCO DE PROFESIONES QUE FORMAN LAS SECCIONES DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN?

La calidad y solvencia de una institución arbitral o de mediación depende, en gran medida, del prestigio y experiencia profesional de quienes desempeñen la labor de árbitros o mediadores. ASEMARB ha cuidado mucho esa selección de profesionales, estableciendo diferentes categorías y áreas de especialización. Cada uno de nuestros árbitros y mediadores están especializados por materias y encuadrado en aquellas en las que ha acreditado una alta experiencia y solvencia profesional.

¿QUÉ DESTACARÍA DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE ASEMARB?

La normativa vigente sobre mediación y Arbitraje pone el foco en la agilidad, rapidez y flexibilidad de los procedimientos, asegurando siempre la rigurosidad y plena garantía de los acuerdos y resoluciones, la solvencia de los profesionales y la excelencia del servicio que se presta.

> ASEMARB está a la vanguardia en la resolución de conflictos de manera rápida y rigurosa

Y en esa línea, ASEMARB ha intentado estar a la vanguardia con unos Reglamentos modernos, ágiles y flexibles. De esta manera, la reducción de plazos y la posibilidad de desarrollar un procedimiento abreviado, la sustanciación y tramitación del mismo por mail, el acta de misión que regula todo el procedimiento y que viene expresamente recogido en el Reglamento, el sistema de designación de árbitros con una amplia oferta a las partes y un sistema de elección basado en un método de puntuación que asegure el mayor consenso posible entre las partes, son algunas características que nos diferencian de otros centros.

UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE ES LA «ÚNICA INSTANCIA», PERO EL REGLAMENTO DE ASEMARB PREVÉ UNA POSIBLE REVISIÓN DE LOS LAUDOS. ¿CÓMO LO HAN CONFIGURADO?

La instancia única en el Arbitraje era una seña de identidad que buscaba agilidad y rapidez, pero también es cierto que a veces creaba algo de dudas ante la imposibilidad de una «segunda instancia». El reglamento de ASEMARB, sin perder esos valores, recoge la posibilidad de que las partes puedan acordar la revisión del laudo. Para ello, es necesario que las partes se hubieran

otorgado, en el convenio arbitral o en un acuerdo posterior, el derecho de apelar el laudo que se dicte, solicitando la revisión del laudo dictado ante el Centro. En ese supuesto, el Centro designará un Tribunal de Impugnación para cada procedimiento de revisión, que estará integrado por tres árbitros. El Centro elegirá a dos de los miembros del Tribunal de Impugnación y estos dos co-árbitros designados elegirán al Presidente del mismo.

¿QUÉ CUESTIONES DESTACARÍA DE LA SECCIÓN DE MEDIACIÓN?

La sección de mediación y el panel de mediadores está configurado de tal manera que se encuentra plenamente capacitada para acoger cualquier tipo de mediación. Es cierto que por la naturaleza del centro y su idiosincrasia —no olvidemos que sus socios son la Cámara de Comercio y el Colegio de Abogados—, lo natural es que se gestionen mediaciones de asuntos civiles y mercantiles, lo que parecía su vocación natural. Pero además de esos asuntos, también se trabaja mediación familiar, vecinal, comunitaria, de justicia restaurativa. Es decir, la sección de mediación tiene una vocación muy completa, muy amplia, parta adaptarse a todos los problemas que surgen en la sociedad y dispone de todos los medios necesarios para ello.

Otro aspecto que me gustaría destacar es el altísimo porcentaje de acuerdos que tenemos en las mediaciones. Aun cuando somos un Centro joven y que no ha desarrollado aún un volumen grande de procedimientos de mediación, comparado con otros centros, si podemos decir que la *ratio* de acuerdos es elevadísima. Solamente recuerdo un caso en el que no fue posible el acuerdo.

¿DE QUÉ PLAZOS HABLAMOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN?

Ese es otro dato con el que estamos muy satisfechos en ASEMARB. Los procedimientos se están resolviendo de una forma muy rápida, ágil y en unos plazos muy cortos. Desde la designación del mediador, que es el punto de partida para contar la duración el procedimiento, estos no están superando de media, las cuatro semanas.

LA JUSTICIA ALTERNATIVA —MEDIACIÓN Y ARBITRAJE— TIENE FAMA DE «JUSTICA DE RICOS» O DE CUESTIONES COSTOSAS PARA LAS PARTES. ¿CÓMO AFRONTA EL CENTRO ESA CUESTIÓN?

Es cierto que las personas o instituciones que no conocen la mediación o el Arbitraje o que no han tenido experiencias profesionales con estos procedimientos, pueden tener esa percepción. Pero la realidad es diferente.

En lo que a la Mediación se refiere, ASEMARB puso en marcha y se mantiene la denominada línea de ayuda para asuntos de cuantía reducida —inferiores a 25.000.- €—, con una tasa de admisión, derechos y honorarios muy reducidos, lo que supone sin duda un aliciente para la iniciación de estos procedimientos.

Respecto del Arbitraje, contamos con dos elementos muy atractivos también: la rapidez en la

tramitación de los procedimientos —en muchas cuestiones comerciales o empresariales, la reducción de tiempo en la solución de una controversia ahorra mucho dinero— y unos honorarios muy ajustados y competitivos.

EL CENTRO, ADEMÁS DE LA ADMINISTRACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE, TIENE TAMBIÉN UN IMPORTANTE SERVICIO DE FORMACIÓN. ¿CÓMO VALORA ESTA INICIATIVA?

Estamos convencidos de que el cambio cultural viene de la mano de una formación de calidad, práctica y especializada que permita conocer mejor qué son y cómo funcionan los métodos adecuados de solución de conflictos. Trabajamos con ilusión para ofrecer este servicio con un objetivo claro: el impulso profesional de nuestros alumnos y de los propios métodos de solución. Por ello, nuestro Centro no se dedica sólo a la gestión y administración de procedimientos de mediación y arbitraje, sino que dedica un enorme esfuerzo a la formación de sus profesionales, en particular, y del resto de operadores, en general.

Trabajamos en una oferta formativa a la altura de lo que merecen los sectores con los que interactuamos. Estamos en continuo movimiento y evolución. Trabajamos por una formación de calidad en la que todos nuestros docentes son profesionales del sector. En nuestro modelo de formación combinamos formación interactiva y participativa basada en la cercanía alumno-profesor, formación especializada, programas específicos para empresas e instituciones, etc.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

La CCI y Jus Mundi posibilitan un mayor acceso a la experiencia en resolución de controversias de la CCI a través del motor de investigación de Derecho internacional y arbitraje de Jus Mundi (20 septiembre 2022)

A principio de 2021 la CCI y Jus Mundi llegaron al acuerdo de esforzarse para hacer que los laudos arbitrales de la CCI puedan publicarse y estén disponibles gratuitamente para la comunidad legal mundial.

ANTECEDENTES

Ius Mundi es una tecnología legal con sede en París que proporciona herramientas de búsqueda inteligente para la investigación sobre derecho internacional y arbitraje. Jus Mundi se esfuerza por hacer que el Derecho internacional y el arbitraje sean fácilmente accesibles y comprensibles, utilizando inteligencia artificial y aprendizaje automático para recopilar y estructurar datos legales globales. Al combinar el Derecho y la tecnología, Jus Mundi mejora la toma de decisiones de los abogados al brindarles acceso a información legal crítica y análisis sobre árbitros, jueces y panelistas de la OMC.

A lo largo de sus 100 años de historia, la CCI ha unido empresas globales para respaldar un orden internacional basado en reglas, incluida la promoción del comercio global a través de iniciativas y servicios, incluidos los de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Con la referida asociación Jus Mundi, el motor de investigación más completo del mundo sobre derecho internacional y arbitraje, brindará acceso público completo a todos los laudos publicables de la Corte de la CCI y documentos

relacionados emitidos a partir del 1 de enero de 2019.

De acuerdo con el compromiso de la Corte de la CCI de establecer un sistema para la publicación de los laudos arbitrales de la CCI antes del 1 de abril de 2021, la asociación de la CCI y Jus Mundi se esfuerza por ampliar las prácticas de transparencia sin comprometer la confidencialidad, un rasgo clave del arbitraje como proceso de resolución de disputas, en un esfuerzo para impulsar el comercio mundial. A partir del 1 de abril de 2021, entre los laudos emitidos entre el 1 de enero y el 30 de marzo de 2019 que serían elegibles para publicación, todos son confidenciales o están sujetos a una objeción por parte.

La Corte de la CCI proporcionará una actualización en dos meses sobre los laudos emitidos desde el 1 de abril hasta el 30 de mayo de 2019.

PROCESO DE PUBLICACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

El proceso para publicar los laudos arbitrales de la CCI consta de cuatro pasos antes de que cualquier laudo se haga público a través de la asociación.

En primer lugar, de conformidad con la Nota de la CCI para las partes y los tribunales arbitrales sobre la realización del arbitraje, la Corte de la CCI garantiza que cualquier parte pueda oponerse a la publicación de los laudos en cualquier momento.

En segundo lugar, cualquier dato personal en los laudos y documentos relacionados se elimina mediante seudónimo o anonimización, según corresponda. Los nombres de los árbitros y los lugares de los bufetes de abogados de las partes no están redactados.

En tercer lugar, luego de la seudonimización o anonimización, Jus Mundi convierte el laudo o documento relacionado en un documento digital respaldado por CCI.

Por último, con las verificaciones finales y la aprobación de la Corte de la CCI, incluido el envío del documento publicable a las partes para su información, Jus Mundi publica el laudo de la CCI o el documento de la CCI relacionado de forma gratuita para el público en un sitio web dedicado a la asociación.

Esta información ahora se puede buscar a través del motor de búsqueda multilingüe de Jus Mundi y sus otras herramientas.

CCI y Jus Mundi trabajarán juntos para mejorar el acceso global a los laudos arbitrales publicables, mejorando el estado de derecho internacional y facilitando el comercio abierto a través del orden global basado en reglas.

AMPLIACIÓN DE CONTENIDOS

En septiembre de 2022 la CCI y Jus Mundi ampliaron el alcance de su asociación existente para permitir un mayor acceso a la experiencia en resolución de controversias de ICC a través del motor

de investigación de Derecho internacional y arbitraje de Jus Mundi.

Con más de 7.500 documentos, la Biblioteca de Resolución de Controversias de la CCI es un recurso clave para empresas internacionales, profesionales del derecho e instituciones académicas que otorga acceso al Boletín de Resolución de Controversias de la CCI, laudos arbitrales de la CCI, expedientes del Instituto de la CCI, informes de la Comisión de la CCI, la Guía de Cumplimiento de la CCI, la Guía de la Secretaría para el Arbitraje de la CCI, Modelos de Contratos ICC y publicaciones especiales. La Biblioteca de Resolución de Controversias de la CCI estará disponible para sus suscriptores a través de la plataforma Jus Mundi a partir del 1 de octubre de 2022.

Los materiales de ICC ahora son interactivos gracias a las funciones respaldadas por inteligencia artificial de Jus Mundi, que permiten a los profesionales explorar una variedad de recursos de manera rápida y eficiente, incluidos metadatos sobre reglas y personas, una tabla de contenido y opciones de filtrado de contenido.

La CCI presentó «ICC Case Connect», una plataforma pionera de gestión de casos digitales para conectar a las partes, los tribunales arbitrales y la Secretaría de la CCI (12 de octubre de 2022)

Desde de octubre de 2022, se alienta a los usuarios de ICC Arbitration a presentar sus solicitudes de arbitraje a través de ICC Case Connect y beneficiarse de un espacio seguro y compartido para cada nuevo caso.

Esta plataforma permite una comunicación más optimizada y el intercambio de archivos entre las partes, el tribunal arbitral y los equipos de gestión de casos de la CCI. A su vez, almacena de manera eficiente todos los documentos y datos de casos en una ubicación centralizada y de fácil acceso, utilizando un intercambio de documentos rápido y fácil de usar y nuevos formularios en línea para árbitros que ahorran tiempo.

Por medio de a Case Connect, los documentos de casos, y los datos anteriormente duplicados en diferentes sistemas de almacenamiento y uso compartido de documentos por las partes o enviados a través de diferentes canales de comunicación, se centralizan en una única plataforma, proporcionando una ventanilla única para administrar casos de arbitraje de la CCI.

ACCESIBLE EN CUALQUIER MOMENTO, EN CUALQUIER LUGAR Y DESDE CUALQUIER DISPOSITIVO

Concretamente, ICC Case Connect

1. proporciona a las partes una descripción general conveniente de sus casos ICC actuales y cerrados registrados a partir de octubre de 2022. permite a los árbitros y abogados transferir archivos de casos de manera rápida y segura. Proporciona a los árbitros formularios en línea actualizables para reemplazar los formularios utilizados actualmente.

2. facilita el seguimiento de casos simplificado al proporcionar una descripción general de los documentos y la actividad reciente en todos los casos de ICC Case Connect en curso.

3. proporciona un uso compartido de archivos seguro y fácil de usar.

4. ICC Case Connect se ha desarrollado de acuerdo con los objetivos de ICC para implementar soluciones digitales que hagan que los negocios funcionen para todos, todos los días, en todas partes, junto con otras plataformas digitales, incluidas ICC Court Connect e ICC Chambers Connect, que unen la red global de ICC y respaldan la transformación digital.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID

José María Alonso, elegido presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (14 de octubre de 2022)

José María Alonso, en estos momentos decano en funciones del Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM), ha sido elegido presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). Alonso asumirá el nuevo cargo a partir del 1 de enero de 2023, y cogerá el testigo de a Juan Serrada, actual presidente.

El nombramiento se produce tras la renuncia de Alonso a presentarse a la reelección como decano del ICAM, una batalla que se librará el próximo 20 de diciembre y en la que ya hay, hasta el momento, cinco candidaturas.

José María Alonso cuenta con una experiencia de más de 30 años como árbitro internacional y ha intervenido en más de 200 procedimientos. Ha sido socio director de despachos de gran prestigio internacional, como Baker McKenzie o Garrigues, y miembro fundador y primer presidente del Club Español del Arbitraje.

Los socios fundadores de CIAM —la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la Corte Española de Arbitraje y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid como socio estratégico—, reza la nota que ha circulado la institución, «se congratulan de este nombramiento que refuerza su conjunto compromiso con CIAM y consideran que, con la figura de José María

Alonso, la institución afrontará con garantías de éxito los retos que se presentan en 2023».

El nombramiento se hará efectivo en enero de 2023, que será cuando Juan Serrada, actual presidente de CIAM, cederá la presidencia a José María Alonso para que lidere la nueva etapa del Centro.

José María Alonso ha celebrado la decisión tomada durante el pleno de CIAM: «Como decano del ICAM he apoyado este proyecto desde el primer momento y ahora es un honor ponerme al frente del mismo para seguir trabajando en su consolidación, con el objetivo de convertir a Madrid en una sede de primer nivel mundial para los arbitrajes internacionales. Mi trayectoria profesional ha estado muy ligada al mundo del arbitraje, por lo que es un orgullo para mí haber sido elegido por unanimidad presidente de CIAM».

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

El CIADI publica su Informe Anual de 2022 (14 octubre 2022)

El 14 de octubre de 2022 el CIADI publicó su Informe Anual de 2022, que presenta una visión detallada a las actividades del Centro durante el último año fiscal (1 de julio de 2021 — 30 de junio de 2022).

Todos los años el Secretario General presenta un Informe Anual sobre la operación del Centro ante el Consejo Administrativo para su aprobación. El Consejo Administrativo del CIADI aprobó el Informe Anual de 2022 y el presupuesto administrativo para el año fiscal 2023 en su 56.ª Reunión Anual en Washington, DC.

Asimismo, el Consejo de Administración reeligió a Gonzalo Flores y Martina Polasek como Secretarios Generales Adjuntos por un nuevo período de 6 años.

El Informe Anual ofrece un panorama general de las actividades durante el ejercicio económico anterior del CIADI, incluida información acerca de novedades en materia de miembros y carga de casos del CIADI, designaciones para las Listas de Árbitros y de Conciliadores, resoluciones adoptadas por el Consejo, publicaciones y estados financieros relativos a los ingresos y gastos del Centro.

Cabe destacar en el año fiscal 2022 la adopción de las reglas modificadas del CIADI para arbitraje, mediación, conciliación y determinación de hechos. Las reglas actualizadas del CIADI se elaboraron

durante un período de cinco años en consulta con los miembros del CIADI y el público en general.

Entre los aspectos más destacados del año fiscal 2022 figuran:

- 346 casos administrados por el CIADI, marcando el mayor número de casos jamás administrados por el CIADI en un solo año fiscal.
- Un récord de 77 casos concluidos, lo que refleja la tendencia para para reducir el tiempo de los casos.
- Entre los nombramientos realizados en el ejercicio estuvieron representadas personas de 42 nacionalidades. Este es el segundo mayor número de personas de diferentes nacionalidades nombradas en un solo año en el CIADI.
- El 45 % de las personas nombradas por primera vez en el año fiscal 2022 eran mujeres y el 25 % eran nacionales de economías de ingresos bajos o medianos.
- Ecuador y la República Kirguisa depositaron su Instrumento de Ratificación del Convenio del CIADI, convirtiéndose así en los Estados Miembros 156 y 157 del CIADI, respectivamente.

Como en años anteriores, el Informe Anual 2022 del CIADI también incluye:

- Una lista completa de nuevas designaciones y redesignaciones para las Listas de Árbitros y Conciliadores del CIADI
- Un informe detallado sobre las tendencias del número de casos del CIADI
- Una descripción general de las amplias actividades de divulgación y capacitación del CIADI
- Estados de los ingresos y gastos del Centro

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD)

El régimen de tratados de inversión necesita reformas para apoyar la acción climática (6 septiembre 2022)

La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) ha lanzado dos notas temáticas que tratan sobre el régimen de tratados internacionales de inversión y la acción climática. Una nota titulada «Régimen de Tratados Internacionales de Inversión y Acción Climática» brinda a los países recomendaciones de política sobre la reforma del régimen para que esté más alineado con la acción climática y otros imperativos de política pública. Y otra nota titulada «Casos de solución de controversias entre inversores y Estados basados en tratados y acción climática» hace un balance de tales casos relacionados con medidas o sectores de relevancia directa para la acción climática.

POR QUÉ SE NECESITAN REFORMAS

De acuerdo con la primera de estas notas, «el régimen actual de acuerdos internacionales de inversión (AII) puede limitar a los estados a la hora de implementar medidas para combatir el cambio climático».

El régimen de AII comprende unos 3.300 tratados. Los AII de vieja generación celebrados entre la década de 1980 y principios de la de 2010 a menudo se celebraron con poca o ninguna atención a la flexibilidad regulatoria de los estados anfitriones para la protección ambiental y la acción climática.

La UNCTAD insta a reformar el régimen de AII para garantizar que los tratados de inversión no impidan que los estados logren una transición justa hacia economías bajas en carbono.

Las reformas deben minimizar el riesgo de los estados de enfrentar reclamos de resolución de disputas entre inversionistas y estados (ISDS) relacionados con políticas de cambio climático o de inversionistas con inversiones altas en carbono.

El informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático de 2022 destacó los riesgos de que ISDS se utilice para desafiar las políticas climáticas.

Si bien los TBIs de nueva generación firmados desde 2010 obtienen resultados relativamente mejores en la salvaguardia del derecho de los estados a regular e incorporar disposiciones específicas sobre la protección del medio ambiente, todavía carecen de disposiciones proactivas

destinadas a apoyar de manera efectiva la acción climática.

CASOS CONTRA POLÍTICAS CLIMÁTICAS CAUSAN PREOCUPACIÓN

Muchos casos anteriores de ISDS estaban relacionados con medidas o sectores de relevancia directa para la acción climática. Los inversores reclamantes presentaron al menos 175 casos de ISDS basados en IIA en relación con las medidas adoptadas para la protección del medio ambiente entre 1987 y 2021.

Los inversores en el sector de los combustibles fósiles han sido reclamantes frecuentes de ISDS, iniciando al menos 192 casos de ISDS contra diferentes tipos de conducta estatal.

La última década también ha visto la aparición y proliferación de casos de ISDS presentados por inversores en el sector de las energías renovables, con 80 casos conocidos.

El ISDS es costoso. Las partes contendientes, incluidos los estados demandados, incurren en costos significativos por el trabajo de los árbitros, la administración de los procedimientos y la representación legal, todos los cuales ascienden a varios millones de dólares o más.

Además, los Estados demandantes y demandados enfrentan varios años de incertidumbre mientras los procedimientos ISDS están en curso. «Los montos en juego en los procedimientos de ISDS pueden ser cientos de millones o incluso miles de millones de dólares», dice la segunda nota.

Los procedimientos ISDS también pueden tener costos de reputación para los estados demandados.

Se necesitan medidas inmediatas de reforma del IIA para aliviar tales riesgos y crear el espacio político necesario para que los estados tomen medidas climáticas urgentes, incluso a través de un mayor nivel de flexibilidad en la realización de cambios regulatorios.

Los Estados tienen opciones para reformar las redes de tratados de inversión

Según la UNCTAD, los Estados tienen opciones y herramientas a su disposición para reformar sus AII existentes, incluso sobre la base del Acelerador de Reformas de los TBIs, el Paquete de Reformas de los TBIs y el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la UNCTAD.

La UNCTAD identifica dos enfoques amplios para reformar el régimen de AII para la acción climática:

- Hacer que los TBIs individuales respondan al cambio climático limitando la cobertura de los tratados a las inversiones sostenibles y salvaguardando el derecho y el deber de los Estados de regular en aras del interés público. Esto puede ir acompañado de disposiciones destinadas a promover y facilitar la inversión sostenible.
- Explorar las posibilidades de reconceptualizar el alcance, el propósito y el diseño del régimen de AII mediante la participación en acciones integrales de reforma de los AII a nivel multilateral,

regional, bilateral y nacional., por consiguiente la UNCTAD intensificará su trabajo con los gobiernos y otras partes interesadas para apoyar los esfuerzos destinados a hacer que el régimen de AII esté más alineado con las preocupaciones de política pública, incluidas las relacionadas con el cambio climático.

Si bien es preferible una reforma efectiva y holística de todo el régimen de AII, por ejemplo a través de un enfoque multilateral coordinado, la UNCTAD dice que las reformas a menor escala de los AII individuales no deben aplazarse con la esperanza de una futura reforma de todo el régimen de los TBsI.

CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID

Firma de convenio de colaboración de la Corte de Arbitraje de Madrid con la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (19 septiembre 2022)

La CAM ha mostrado su satisfacción con la firma de este convenio, que tiene perfecto encaje en su iniciativa de colaborar con otras instituciones nacionales para difundir, formar e informar sobre arbitraje. El convenio contempla principalmente: (i) prestarse asistencia mutua en cuestiones arbitrales; (ii) prestarse colaboración recíproca en la difusión del arbitraje, la formación y actividades y la práctica de testificales; y (iii) prestarse servicios en condiciones beneficiosas.

El acuerdo fue firmado el pasado 19 de septiembre por la Presidente Dña Urquiola de Palacio y por Don Carlos Fuentenebro Zabala, Presidente de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, en la sede de esta última.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

La Corte Permanente de arbitraje firma acuerdo de sede con la República del Ecuador, Quito (25 de octubre de 2022)

El 17 de octubre de 2022, en la ciudad de Quito, el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador, el Sr. Juan Carlos Holguín, y el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje («CPA»), el Sr. Marcin Czepelak, firmaron un Acuerdo de Sede que establece un marco para que procedimientos de la CPA y otras actividades tengan lugar en el país.

La ceremonia de firma fue seguida por una reunión entre representantes de la CPA y la Fiscal General del de Ecuador, la Dra. Diana Salazar, junto con varios miembros ecuatorianos de la CPA, así como también otros representantes gubernamentales.

Como parte de su visita a Quito, el Sr. Czepelak dio un discurso sobre la CPA y sus actividades en Ecuador en la Universidad de las Américas, donde también se reunió con su presidente, el Dr. Gonzalo Mendieta, el Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Álvaro Galindo y el Secretario Legal del Presidente de Ecuador, el Sr. Fabián Pozo. La presentación fue seguida de una sesión interactiva moderada por el Dr. Galindo, en la cual los Consejeros Legales Sénior de la CPA, los Sres. Martin Doe Rodríguez y Julian Bordaçahar respondieron preguntas del público. Durante su visita, el Sr. Czepelak también se reunió con el Procurador General del Ecuador, el Dr. Íñigo Salvador Crespo y la Dra. Claudia Salgado Levy, Directora de Asuntos Internacionales y Arbitraje. Adicionalmente, los representantes de la CPA aprovecharon para reunirse con varios representantes de la comunidad ecuatoriana de arbitraje.

Bajo los términos del Acuerdo de Sede, la República del Ecuador concede privilegios e inmunidades a los oficiales de la CPA, árbitros, y participantes en procedimientos administrados por la CPA. El Acuerdo también establece un marco para que la CPA solicite el uso de instalaciones, según sean necesarias para la conducción de procedimientos administrados por la CPA y reuniones de la CPA

celebrándose en el Ecuador.

Desde 1990, la CPA ha adoptado una política de concluir Acuerdos de Sede con sus Partes Contratantes con el objetivo de hacer sus servicios de resolución de disputas más ampliamente accesibles a lo largo del mundo, y no sólo en su sede central en el Palacio de la Paz en La Haya. A través de dichos acuerdos, el estado sede y la CPA establecen un marco legal dentro del cual los procedimientos administrados por la CPA (incluyendo arbitraje, conciliación, mediación y comisiones de indagación de hechos pueden ser conducidos en el territorio del estado sede de forma ad–hoc, bajo condiciones equivalentes a aquellas garantizadas por el Acuerdo de Sede de la CPA con el Reino de los Países Bajos. Otros países con los que la CPA ha concluido Acuerdos de Sede incluyen a Argentina, Brasil, Chile, China (con respecto a Hong Kong), Costa Rica, Djibouti, India, Irlanda, Malasia, Mauricio, Portugal, Singapur, Sudáfrica, Uruguay y Vietnam.

GROUPEMENT EUROPEEN DES MAGISTRATS POUR LA MEDIATION (ESPAÑA)

Nueva etapa en el Convenio de Colaboración firmado entre GEMME España y el Consejo General del Poder Judicial

Conseguir la uniformidad de los servicios de mediación al ciudadano, un plan de formación de calidad en mediación para jueces y magistrados y la actualización de las guías de implementación de la mediación intrajudicial son los principales cometidos del grupo de trabajo que constituido al efecto.

El 18 de febrero de 2013 cuando Gonzalo Moliner, por entonces Presidente del Consejo General del Poder Judicial y Lourdes Arastey, en ese momento presidenta de GEMME España suscribieron un Convenio de Colaboración con el objetivo de impulsar la mediación en el ámbito de los tribunales.

El 28 de septiembre la actual presidenta de GEMME España, la magistrada Carme Guil y el vicepresidente de relaciones institucionales, el magistrado Juan Francisco Mejías se reunieron en modo virtual con los vocales de la Sección de Mediación del Consejo General del Poder Judicial (Alvaro Cuesta, Rafael Mozo y Pilar Sepúlveda) y la Jefa de la Sección de Mediación (Yolanda San Pastor) para constituir la comisión de seguimiento del convenio de colaboración citado en el párrafo anterior.

Como miembros de la comisión de seguimiento, el CGPJ ha designado a Álvaro Cuesta y a Yolanda San Pastor. Por su parte, GEMME España designa a los asociados Luis Miguel Blanco y María Avilés.

Durante el encuentro virtual, los representantes de GEMME expusieron su visión sobre la situación de la implementación de la mediación intrajudicial en las distintas comunidades autónomas y la necesidad de mejorar la recogida de datos estadísticos para realizar un análisis más profundo. Se puso el énfasis en la necesidad de llegar a una uniformidad de los servicios de mediación que se ofrecen al ciudadano así como en la programación de una formación de calidad en mediación, tanto en la formación inicial en la carrera judicial como en la carrera fiscal.

También se puso de manifiesto la urgencia de revisar el Reglamento de retribuciones variables para reconocer la carga de trabajo adicional que para las Juezas y Jueces supone el análisis y la derivación

de casos a mediación.

Los vocales del CGPJ coincidieron en el análisis expuesto por GEMME y se acordó la constitución de un grupo de trabajo en los próximos días, que estará compuesto por 8 miembros, de los cuales 4 serán designados por el CGPJ y 4 por GEMME España. Entre los objetivos de este Grupo de Trabajo se ha destacado la actualización de las guías de implementación de la mediación intrajudicial.

Comienza de esta manera una nueva etapa en el desarrollo del Convenio firmado en 2013, en la que se dedicarán mayores esfuerzos y atención en el impulso de la mediación intrajudicial en España.

Propuestas de GEMME al Senado de España para mejorar la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (27 octubre 2022)

El 27 de octubre de 2022 una representación de GEMME España mantuvo una reunión en el senado con el objetivo de trasladar a los legisladores su visión de cómo mejorar la Ley de Eficiencia Procesal. En ella los representantes de GEMME trasladaron sus principales propuestas de mejora al Senado con el objetivo de que sean incorporadas a la futura legislación.

La nueva Junta Directiva de GEMME España, elegida en la asamblea del pasado mes de junio, se fijó como uno de sus objetivos prioritarios promover reformas legales e incidir en las que estaban en trámite en defensa de la mediación y otros métodos de resolución de conflictos y de la justicia restaurativa.

La Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia es de especial relevancia para el impulso de la mediación en España y por eso la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación creó un grupo de trabajo para consolidar sus aportaciones al Anteproyecto presentado por el Gobierno que presentó en febrero de 2021. Ahora, los representantes de GEMME trasladan sus principales propuestas de mejora a los senadores con el objetivo de que sean incorporadas a la futura legislación. Tras presentar a GEMME España y su trayectoria en defensa de la mediación, de la cultura de la paz y el diálogo, expusieron a los Senadores las valoraciones sobre la situación de la Administración de Justicia, la necesidad de mejora del servicio público de justicia y los riesgos que se vislumbran con la Ley de Eficiencia Procesal que actualmente está tramitándose en el Congreso de los Diputados.

En concreto, desde GEMME se transmitió la preocupación de que la nueva Ley no aporte cambios significativos en los procesos judiciales y que los MASC (Métodos Adecuados de Solución de Controversias) recogidos en el proyecto de ley se conviertan en un mero trámite previo a la interposición de la demanda, sin que los ciudadanos y los operadores jurídicos asuman la necesidad de evitar los litigios que pueden ser resueltos con el diálogo entre las partes, con la ayuda de mediadores o profesionales debidamente formados.

Por otra parte, GEMME expuso la necesidad de aprovechar el proyecto de ley de eficiencia procesal para incluir una regulación de justicia restaurativa en nuestra ley procesal penal. Se expuso la escasa implementación del Estatuto de la Víctima que establece de forma obligatoria que la administración debe ofrecer a todas las víctimas espacios restaurativos con garantías y control judicial y fiscal.

Estos fueron los principales mensajes de los representantes de GEMME:

- Todos los MASC (Medios Alternativos para la Solución de Conflictos) no son iguales y, por lo tanto, no se pueden mezclar. No es lo mismo una conciliación, que la opinión del experto o la oferta vinculante, por citar algunos de ellos. Son metodologías que hay que considerar y legislar de forma separada.

- De todos los MASC, el más importante es la mediación, y debería tener mayor protagonismo y tratarse de forma independiente a los demás (para lo cual GEMME se comprometió a trasladar un informe al congreso y al Ministerio para que sus recomendaciones se incorporen a Ley).

- Sería necesario incluir la mediación también en los procedimientos de apelación y de casación ante el Tribunal Supremo. En este punto, GEMME recordó que precisamente su fundador a nivel Europeo en 2003 fue el magistrado Guy Canivet, por entonces presidente del Tribunal Supremo francés, con el objetivo de impulsar la mediación en la corte de casación.

- No se debe excluir la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, ya que la experiencia nos ha demostrado que cuando están involucrados servicios públicos o Administraciones Públicas, la mediación sigue siendo muy útil y de gran ayuda para alcanzar solución extrajudicial a los conflictos.

- En cuanto a la Derivación a Mediación por parte de los jueces y magistrados, la visión de GEMME es que para derivar no debería ser necesario preguntar previamente a las partes (como establece el proyecto de Ley). Tampoco debe ser obligatoria. La derivación debe ser una prerrogativa de los jueces, quienes después de derivar, deberán observar el comportamiento de las partes. Y de nuevo, este es un aspecto en el que la práctica ha demostrado el camino correcto.

Los representantes del senado se comprometieron a considerar todas las recomendaciones del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE BARCELONA

El ICAB promueve el arbitraje y analiza cómo deben valorarse los daños de las controversias (21 octubre 2022)

El VI International Arbitration Congress celebrado el 20 y 21 de octubre de 2022 de forma presencial en el ICAB bajo el lema «Back to the future. Sixth part». Se inició el 20 de octubre de 2022 en la sede del ICAB con las intervenciones del decano del Colegio de la Abogacía de Barcelona, Jesús M. Sánchez; el diputado de la Junta de Gobierno del ICAB y presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), Frederic Munné, y el magistrado del Tribunal Constitucional, Juan Antonio Xiol Ríos.

Jesús Sánchez expuso que «el ICAB apuesta firmemente por el arbitraje y prueba de ello es la puesta en marcha de forma líder del Centro ADR–ICAB y el apoyo a la Comisión de Arbitraje, especialmente en la promoción de actos formativos como este Congreso, que este año llega a su VI edición». Y ha añadido: «La abogacía debe conocer las ventajas del arbitraje, una vía de resolución de conflictos en la que cobran importancia elementos como la especialización, la celeridad, la confidencialidad y, en definitiva, la adopción de soluciones ágiles y flexibles, que pueden satisfacer los intereses de todas las partes implicadas en una determinada controversia».

Juan Antonio Xiol Ríos ha afirmó que la realización de eventos focalizados en el arbitraje contribuye a reforzar la confianza en esta vía de resolución de conflictos y a incrementar las bases éticas puesto que la imparcialidad y la confidencialidad son esenciales para su aplicación.

Por su parte Frederic Munné ha puesto en valor el trabajo realizado por la Comisión de Arbitraje del

ICAB para hacer posible una nueva edición de este Congreso, que cuenta este año con más de 20 ponentes expertos en esta materia, entre los cuales existen árbitros europeos — especialmente de Ámsterdam, Vilna, París, Milán, Helsinki, Nueva York, Milán, Madrid y Barcelona— y de Nueva York. Y ha destacado: «En la presente edición hemos puesto el foco sobre los daños, que se abordarán analizando su tipología, su cálculo, incluyendo los intereses, o las formas de plantear una pericial para su correcta valoración porque son elementos clave para la correcta aplicación del arbitraje como vía de resolución de conflictos».

En la primera mesa el abogado y árbitro internacional y vicepresidente de la Comisión de arbitraje del ICAB, José Rosell moderó la mesa «Damage Wars: estrategia procesal», donde ha intervenido abogados y árbitros procedentes de Barcelona, París y Milán. Las otras mesas, sirvieron para establecer en relación a la práctica del arbitraje los «tipo de daños», cómo hacer el «cálculo de daños» y cuáles son «los intereses en el cálculo de daños». Posteriormente a estas sesiones se realizará una demostración de cómo se puede afrontar una pericial.

Este análisis en profundidad de la mano de más de 20 expertos en arbitraje ha permitido dar a conocer este procedimiento privado donde las partes acuerdan resolver sus controversias recurriendo a un árbitro a un tribunal de varios árbitros para que dicten una decisión sobre el conflicto planteado, y donde el cumplimiento del laudo es obligatorio para las partes.

La clausura del «VI International Arbitration Congress. Damages in Arbitration» se realizó el viernes 21 de octubre, las 18h, y permitió exponer las perspectivas de futuro de este método alternativo de resolución de conflictos.

Con la realización de este Congreso el ICAB aproxima el conocimiento del arbitraje y sus ventajas, puesto que no todos los conflictos deben ser resueltos por los tribunales.

ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE MADRID

Jornada en homenaje al prestigioso Abogado y Árbitro José Luis Goñi Etchevers en el ICAM y presentación de su libro homenaje Estudios de Derecho marítimo (17 octubre 2022)

El 17 de octubre, tuvo lugar en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid una jornada de la Sección Derecho Marítimo y Transportes en homenaje a José Luis Goñi Etchevers en le curso del cual el abogado maritimista José María Alcántara pronuncío unas brillantes y emotivas palabras sobre la trayectoria profesional y humana del homenajeado.

José Luis Goñi Etchevers (1935–2014) fue uno de los abogados más importantes para el Derecho Marítimo, no solo en España, sino en Iberoamérica y en el mundo entero. Como socio fundador de la firma Goñi & Co., con sede en Madrid, participó en los casos más importantes de la navegación marítima, incluyendo accidentes y siniestros marítimos, derrames de hidrocarburos, controversias relacionadas con contratos de fletamento y de transporte bajo conocimiento de embarque, seguros marítimos, construcción naval, propiedad y copropiedad de naves, registro de naves y casas de clasificación, entre otros muchos. Prácticamente, no hubo aspecto del Derecho Marítimo que José Luis no conociera y en el que no hubiera participado profesional y académicamente. También tuvo una destacada participación en el arbitraje nacional e internacional, en asuntos marítimos, de transporte y otras materias. Sus conocimientos y su experiencia fueron importantes en la configuración de la Ley 14 de 2014, nueva Ley de Navegación Marítima de España, producto de un trabajo de más de una década de la comunidad marítima, en el cual José Luis participó activamente. Actualmente, la Ley de Navegación Marítima de España es un ejemplo de la metodología más

apropiada para la modernización y actualización del Derecho Marítimo de cualquier país, por su elaboración a partir de la ratificación de los principales convenios marítimos, independientemente de que en su contenido existan posiciones que puedan generar controversia.

En el acto se presentó un libro homenaje al autor titulado *Estudios de derecho marítimo. Libro en homenaje a la memoria de José Luis Goñi Etchevers* (J.V. Guzmán E., ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia /Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, 2022, en el que intervienen los siguientes autores: José María Alcántara González, Juan José Álvarez Rubio, José Modesto Apolo, Giorgio Berlingieri, Alberto C. Cappagli, Diego Chami, Carmen Codes, Rafael Durán Sanhueza, Lludelis Espinal Benzant, José Carlos Fernández Rozas, José Vicente Guzmán Escobar, Luiz Roberto Leven, Siano Esther Mallach, Martín Prieto Sulleiro, Juan Pulido Begines, Marc de Man, Katerina Vuskovic.

La sesión conjunta de las Secciones de «Colegiados no ejercientes» y la de «Derecho administrativo» del ICAM abordó el tema «Mediación administrativa en Francia y España» (3 noviembre 2022)

El 3 de noviembre de 2022 tuvo lugar en el Salón de Actos del ICAM una jornada conjunta de las Secciones de «Colegiados No Ejercientes» y de «Derecho Administrativo», en colaboración con el «Centro de Resolución de Conflictos del Colegio» (MediaICAM), en la que se abordó el tema «Mediación administrativa en Francia y España».

I. APERTURA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA LA MEDIACIÓN

La inauguración y moderación de la Jornada corrió a cargo de José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho internacional privado, y coordinador del Servicio de mediación de la «Corte Civil y Mercantil de Arbitraje» (CIMA), quien felicitó a los organizadores por la elección del tema, de gran interés y actualidad, pero, a la vez, lleno de incertidumbres por quedar fuera del «Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», aún en trámite parlamentario. Indudablemente, la posición de preeminencia que ocupa la Administración pública frente a los ciudadanos, caracterizada por las prerrogativas que la acompañan, la falta de una disposición legislativa favorablemente explícita, y la escasa tradición en la práctica administrativa, se presentan como serios obstáculos. Por esa razón, hasta la entrada del siglo XXI, la presencia de la Administración en los métodos de resolución extrajudicial de controversias, señaladamente la mediación y el arbitraje, estaba dominada por la noción de soberanía, concretada por la puesta en práctica de excepciones basadas en la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución.

Como corolario hoy existe un ámbito de la actuación del Estado y de los Entes Públicos, que está vedado para fórmulas privadas autocompositivas de resolución de hipotéticos conflictos teniendo en cuenta el monopolio de control que la Jurisdicción contencioso–administrativa ejerce sobre la actividad administrativa del Estado y de las distintas Administraciones Públicas. Ahora bien, cuando se trate de cuestiones en las que, interviniendo Administraciones Públicas, éstas no ejercen

potestades públicas limitativas o modificativas de la situación jurídica previa de los administrados, sino vinculadas a actividades relacionales con los particulares, personas físicas o jurídicas, estaríamos ante una eventualidad que verdaderamente abriría el Derecho administrativo a la mediación. Baste atender a algunos aspectos que permiten determinar las posibilidades reales de utilización de la mediación, por ejemplo, en los litigios contra la Hacienda Pública o en los contratos públicos, y sus posibilidades como técnica sustitutiva del recurso administrativo.

El moderador finalizó su intervención introductoria elogiando las directrices trazadas por el organizador de la Jornada, el Embajador Javier Jiménez–Ugarte, presidente de la Sección de Colegiados No Ejercientes del ICAM y actualmente Of Counsel (Mediación y Arbitraje), en «Lupicinio International Law Firm». Dichas directrices partieron de la consideración de tres libros de base: *La notion de la Médiation administrative*, de Rhita Bousta, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo,* de Gerardo Carballo, y *Mediación y arbitraje en la Administración Pública*, obra dirigida por Felio José Bauzá Martorell.

II. NOCIÓN DE MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Si la presencia del interés público justifica la existencia misma del Derecho administrativo, dicho interés condiciona también a las partes para sustituir la acción de los tribunales ordinarios por otros procedimientos de arreglo. La doctrina francesa ha sido tradicional defensora de esta tendencia al afirmar rotundamente que, con carácter general, el Estado estaba imposibilitado para acudir a la mediación por constituir ésta una forma de sustraerse a su juez natural, esto es, a la jurisdicción administrativa. La primera ponente de la Jornada fue la profesora Rhita Bousta portadora de un importante currículo académico en Francia y en España, y autora del citado libro *La notion de médiation administrative*.

Expuso la profesora Bousta que si bien, durante muchos años, la mediación ha estado vinculada a los litigios entre particulares, cada vez es más popular en el sector público: mediadores sectoriales, defensores del pueblo, mediación intra–judicial, etc. Y precisamente una expansión tan diversificada obliga a plantearse ¿Qué se entiende exactamente por «mediación administrativa»? ¿Cuáles son sus principios rectores? ¿Qué pasa con la igualdad y la libertad de las partes mediadas cuando una de ellas es una administración pública?

En respuesta a estas cuestiones, la intervención de esta ponente ofreció una gran originalidad por el empleo del «método comparado», del que es buena conocedora, como herramienta de conceptualización centrada en dos sistemas estatales parcialmente opuestos: el francés y el español. De igual modo, esta obra pone de relieve las diferencias existentes en este ámbito entre el sistema francés y el español, por ejemplo, en cuanto a la profesionalización de los mediadores, más extendido en España, o los mediadores institucionales, de mayor raigambre en Francia, etc.

Pese a lo que pudiera suponerse, no procedió a la mera confrontación de modelos. Partiendo precisamente de ese análisis comparativo, procedió a proponer una noción propia de lo que es la mediación administrativa, teniendo en cuenta las especificidades de la cultura jurídica de ambos ordenamientos, que la autora conoce a la perfección. A su juicio, la mediación administrativa puede

ser considerada como un proceso supervisado por un tercero neutral e imparcial consistente en (re)establecer un vínculo con una Administración pública, y para ello utilizó el término «vínculo» desde la perspectiva de la multiplicidad y no de la confrontación, lo que permite que la noción de mediación administrativa no se ciña exclusivamente a la idea de resolución de un conflicto, sino que permita incluir, por ejemplo, la denominada mediación «pedagógica» cuando se trata de explicar la motivación de una decisión administrativa individual tras romperse la relación por el silencio de la Administración. Además, la mediación con la Administración puede involucrar al «ciudadano/usuario–administrado», pero también a sus agentes. En definitiva, del examen de sus características y su régimen jurídico en Francia y España, la autora concluyó aseverando que la mediación no es un «medio» o una «alternativa», sino un proceso continuo

III. MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEFENSOR DEL PUEBLO

A partir de libro de Gerardo Carballo, titulado *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, fruto de su tesis doctoral del mismo título, el Embajador JavierJiménez–Ugarte, insistió en el reconocimiento de la mediación por el ordenamiento jurídico administrativo como un instrumento jurídico a través del cual se pretende alcanzar un doble objetivo. De una parte, el ejercicio de una «función alternativa al proceso», basada en la resolución de los litigios o conflictos *inter–partes* y, de otra, convertirse en «un instrumento participativo del ciudadano en las funciones públicas». En trance de consolidación, la mediación administrativa se manifiesta como una figura jurídica autónoma, que invita a todos a reconocer su existencia diferenciada de otras, y anima a profundizar en su mejor conocimiento y en sus posibilidades de expansión.

El ponente elogió la claridad y rotundidad del análisis que hace el autor, en la Primera parte, de la normativa existente en aquel año 2008. Por un lado, el *art. 88 de la «Ley de Procedimiento administrativo»*, 30/1992, en favor de la «terminación convencional» de los conflictos, de «eficacia directa», dentro de los «límites materiales» previstos en el mismo artículo, y por el otro, el *art. 107*, de la LJCA, éste de «eficacia diferida», que permitiría configurar la mediación administrativa como «equivalente impugnatorio» a los recursos administrativos, a a través de futuras «mediaciones institucionales».

No dejó de recordar, en cualquier caso, la competencia exclusiva de Estado en materia de «procedimiento administrativo común», recogida en el *art.149.1.18 de la CE*.

En lo referente al *art. 77 de la Ley de Jurisdicción contenciosa–administrativa*, 29/1998 , el ponente también compartió con el autor la defensa de una «interpretación amplia» del citado precepto, dentro de la necesidad, cada día más apremiante, de evitar la muy denunciada «justicia tardía».

Pasando a la segunda parte del libro, el ponente se refirió al exhaustivo estudio dedicado a la figura del Defensor del Pueblo, y al gran protagonismo que tiene en su labor la *«mediación institucional»* en sus dos variantes, *«en derecho»* o *«en equidad»*. Sobre esta última, resumió el análisis hecho por Gerardo Carballo de un centenar de Resoluciones de variada temática, que demuestran lo mucho que esta Institución, creada en nuestra Constitución, ha contribuido a la defensa de los derechos del

administrado y al mejor funcionamiento de nuestra Administración.

Comentó, por último, el ponente el escrito recibido de Gerardo Carballo sobre la «actualidad» de su obra, lo que defendió plenamente por manejar siempre «conceptos jurídicos atemporales», y sobre, citando a Ortega, «la transformación de la estructura de nuestra sociedad cada quince años», que ha enriquecido la práctica de la mediación administrativa, a nivel estatal y sobre todo autonómico. Citó, por último, su recomendación final, en favor de «una nueva norma estatal de mediación administrativa, al igual que la "Ley de Modernización de la Justicia del Siglo XXI" aprobada por el país vecino en el año 2016».

IV. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

José María Ayala de la Torre, Abogado del Estado en excedencia, — que cuenta en su haber con un diversificado currículo en el que destacan sobrados méritos académicos y una amplia experiencia en el ámbito de la litigación, últimamente como socio director de la firma «Ayala de la Torre, Abogados»—, intervino en la Jornada, en su condición de autor del estudio *«Algunas consideraciones sobre la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo»*, incluido en el libro colectivo «Mediación y arbitraje en la Administración Pública», dirigido por Felio José Bauzá Martorel.

Comenzó su intervención apuntando que en el ámbito administrativo la mediación ha chocado tradicionalmente con Jdos obstáculos de difícil superación». De un lado, la propia concepción del Estado de Derecho, entendido como aquel que garantiza los derechos públicos subjetivos mediante el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho. De otro lado, el principio de legalidad que aparece como una constante en el texto constitucional de 1978 (arts. 11, 91, 93, 101.3º y 106.º). Para Ayala este principio de legalidad debe ser entendido en su vertiente positiva, como sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, de modo que ésta solo puede realizar aquello que le está permitido por una norma que previamente la habilita para ello. A partir de aquí, la administración está sujeta no solo a la ley sino también al resto del ordenamiento jurídico, lo que incluye los reglamentos, de suerte que las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque haya sido dictada por un órgano de igual o superior rango jerárquico. En el ámbito del perímetro fijado por los postuladores anteriores, la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo no puede ser considerada como un «medio alternativo de solución de conflictos» sino como «un complemento del sistema de resolución judicial de los mismos». Dicho en otros términos, el fundamento de la mediación intrajudicial, a la que el juez de lo Contencioso puede derivar, debe contemplarse desde la perspectiva de la «tutela judicial efectiva» del art. 24 CE con todas las garantías propias del referido derecho fundamental.

Teniendo presente el anterior condicionamiento, materias posibles de mediación son las susceptibles de transacción lo que exige estar en presencia de «asuntos de libre disposición de las partes» Por consiguiente, en línea de principio puede sostenerse que cabe mediación donde cabe transacción, y semejante aserto choca con importantes limitaciones en el marco de la mediación contencioso–administrativa como se evidencia en el procedimiento de protección de derechos

fundamentales, en materia electoral o cuando se impugne un reglamento. Tampoco debe suscitar dudas del hecho de que no es posible acudir a mediación cuando nos encontremos ante actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades regladas)

Pero fuera de estos casos el ponente consideró que no debiera haber duda de las posibilidades mediadoras en materias tales como: controversias surgidas de relaciones resultantes de contratos, convenios y concesiones administrativas por prestación de servicios; desavenencias en la forma de llevar a cabo la prestación del servicio, y la resolución de los contratos de financiación convencional del procedimiento administrativo de conformidad con el art. 86 de la LPAC; establecimiento de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones y rescates; reintegro de subvenciones; controversias surgidas en materia urbanística y medioambiental o de ordenación del territorio, debiendo tener claro que no cabe disponer sobre la legalidad urbanística; problemas generados por actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas; diferencias surgidas a raíz del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, no así en materia de «conceptos jurídicos indeterminados», donde la unidad de solución justa impide acudir a la mediación; responsabilidad patrimonial de la Administración, fijación de hechos controvertidos de las potestades regladas o presupuesto de aplicación de las normas jurídicas; ejecución de medidas de la potestad disciplinaria y sancionadora en el caso de funcionarios públicos y, por último, controversias y conflictos surgidos en el entorno de la sanidad pública.

Ante este abanico de materias considera Jose María Ayala que la mediación esta llamada a convertirse en «un instrumento eficaz en el ámbito de los conflictos en los que interviene una Administración pública», ya se trate de conflictos con un ciudadano, ya lo sea con otra Administración, ya nos movamos en el ámbito pre procesal, ya estemos en el seno de un procedimiento judicial. En todos estos casos, dos son los principios que deben guiar la mediación–conciliación, terminología que prefiere el ponente, : por un lado, perseguir el interés público de suerte tal que no se llegue a soluciones contrarias o manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico; por otro lado, actuar en el ámbito de lo transigible.

Concluyó el ponente afirmando que con la mediación–conciliación como complemento del sistema de resolución judicial de conflictos se da un paso más en el objetivo de ponderar y equilibrar el interés general como finalidad propia de la Administración, con la importancia fundamental de la buena gobernanza y el reconocimiento del interés particular y legítimo de los ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho como el que la Constitución propugna.

El cumplimiento de estos objetivos requiere una voluntad clara de los operadores jurídicos: legislador, administraciones, jueces y abogados. Algo que redundará en beneficio de todos, al encontrarnos ante el principio de la mediación como solución de conflictos en todos los ámbitos jurisdiccionales contenciosos, excluido el recurso de casación.

V. BALANCE

Cerró la Jornada como ponente, Alberto Dorrego de Carlos, Letrado de las Cortes generales, que, —tras una brillante trayectoria en la Administración, destacando su función como Presidente de la

Corte de Arbitraje de la Contratación Pública de España—, desempeña una importante actividad profesional como socio de la firma *Eversheds Sutherland.*

La primera consideración conclusiva partió de una constatación inequívoca: que «la mediación administrativa no es equiparable a la mediación privada» porque en ella no existe una igualdad de partes. La prueba de ello es que la Comisión General de Codificación, a la que pertenece, la ha excluido de su agenda. Ello conduce a acentuar «la rareza de la mediación administrativa» por lo que sería más adecuado contemplarla en una Ley especial.

En segundo lugar, defendió que «no existen incentivos suficientes para el impulso de la mediación administrativa» ya que el recurso a la jurisdicción suele ser muy rentable para los cargos que desempeñan funciones políticas. Además, existen riesgos para los altos funcionarios que adopten decisiones contenciosas de esta envergadura, porque dar explicaciones es mucho más complicado que esperar a la decisión judicial. En tercer lugar, está muy mal definido en la legislación quiénes son los que deben negociar por parte de la administración. Por supuesto, la referencia a los abogados del Estado es el rasgo dominante, pero a veces se habla del «representante legal de la administración», sin que se sepa bien a quién se refieren. En cualquier caso, recalcó en base a sus propias experiencias, «es importante que en la mediación estén presentes los que tienen el verdadero poder de decisión».

En cuarto lugar, y «en orden a las materias susceptibles de mediación, la dificultad esencial es precisarlas porque no están codificadas». Está claro que algunas materias no lo son en absoluto, pero es necesario un ejercicio de claridad para determinar qué supuestos pueden ser objeto de la mediación. Hay, en cualquier caso, sectores inequívocos como la contratación pública, la responsabilidad patrimonial o los conflictos relacionados con los funcionarios de la administración.

En quinto lugar, y «respecto a las características del mediador, debe quedar bien sentado que no puede ser cualquiera». Tendría que ser un experto, porque va a tener que hacer frente a figuras como las del interventor o del abogado del Estado, y hay que conocer bien la administración para poder cumplir con la difícil función encomendada.

Por último, el ponente mencionó otras cuestiones que deben considerarse con detenimiento como la relativa al «carácter obligatorio de ciertas modalidades de mediación que se han institucionalizado demasiado».

Para concluir su intervención, Alberto Dorrego, colocándose en una posición conscientemente heterodoxa, consideró que «frente al carácter aséptico inherente a la mediación civil, el mediador debe tener un papel mucho más activo en la mediación administrativa».

VI. COLOQUIO

Aunque no hubo tiempo suficiente para el coloquio, recordaremos los comentarios del co–autor, Santiago Martínez Lage, del trabajo citado de Ayala de la Torre. Como experimentado árbitro internacional, pidió que, siguiendo el modelo francés, España no se limitase a exigir *«formación»* en

los mediadores (art. 11 de la Ley 05/2012), sino que reconociese expresamente la gran importancia que tiene la *«experiencia»*, algo se debe facilitar y potenciar por unos y otros.

(José Carlos Fernández Rozas y Javier Jiménez–Ugarte)

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

Informe sobre arbitraje de reclamaciones de menor cuantía en el arbitraje de inversiones (25 octubre 2022)

Este informe del Subcomité de Arbitraje de Inversiones de la IBA examina los mecanismos y estrategias disponibles para que las partes calibren el tiempo, el esfuerzo y los recursos financieros movilizados e invertidos para arbitraje de reclamaciones de inversión de escasa cuantía de forma proporcional a las sumas en juego.

Aunque los acuerdos internacionales de inversión están pensados para que inversores de todos los tamaños puedan proteger sus inversiones, la realidad es que el arbitraje de los tratados de inversión está diseñado para las grandes demandas. A la luz de esta realidad, y reconociendo que a menudo no se presentan reclamaciones de menor cuantía debido a los costes y a los obstáculos prácticos asociados al arbitraje, desde hace unos años se aboga por un sistema simplificado de resolución de disputas para las reclamaciones que no superen una determinada cantidad, como por ejemplo 10 millones de dólares (K.E. Boon, K. E. (2018). Investment Treaty Arbitration: Making a Place for Small Claims», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, n.º 4, 2018, pp.667–692). Este mecanismo proporcionaría acceso a la justicia a los pequeños inversores o a los inversores con demandas de menor cuantía, cuyas necesidades, en la actualidad, están en gran medida insatisfechas.

Siguiendo esta orientación, el presente informe se basa en la comprobación empírica de que las demandas de escasa cuantía en el arbitraje de inversiones existen y representan un porcentaje

considerable de los casos de inversión, en todas las instituciones arbitrales, sectores industriales y regiones geográficas. sectores industriales y regiones geográficas. Esta premisa se basa en la definición de una demanda de escasa cuantía. A efectos de este Informe, una reclamación de escasa cuantía es un caso en el que la cantidad identificable reclamada no supera los 50 millones de dólares o 50 millones de euros. Y aunque las PYME y los particulares suelen ser los demandantes en las reclamaciones de escasa cuantía, estas reclamaciones no son competencia exclusiva de las PYMES o de los particulares.

Las demandas de menor cuantía en el arbitraje de inversiones no son necesariamente más simples, más pequeñas o menos complejas que las demandas de mayor cuantía. Pero las sumas más modestas que están en juego aconsejan un enfoque proporcionado y moderado de la resolución de estos casos. La tramitación de las reclamaciones de manera rentable y eficiente es un imperativo aún mayor cuando se trata de reclamaciones de escasa cuantía. es un imperativo aún mayor cuando se trata de reclamaciones de escasa cuantía.

Este informe no adopta una opinión de principio acerca de si las demandas de escasa cuantía son deseables o deben fomentarse, sino que investiga los instrumentos procesales de procedimiento disponibles para facilitar una resolución rentable de dichas reclamaciones. La mayoría de estas herramientas, si no todas, están disponibles para cualquier demanda que se suscite, independientemente de las cantidades en juego, pero no parecen especialmente relevante para las reclamaciones de menor cuantía.

El informe examina las demandas de escasa cuantía desde tres ángulos.

En primer lugar, los datos empíricos de las principales instituciones de arbitraje de inversiones (el CIADI, la CPA y la SCC) revelan la prevalencia de las demandas de escasa cuantía. de inversión revelan la prevalencia de las demandas de escasa cuantía en los casos de inversión registrados entre el 1 de enero 2010 y el 31 de diciembre de 2021. Los datos muestran que las demandas de menor cuantía constituyen un importante de los casos de arbitraje de inversión.

En segundo lugar, ya existen procedimientos especiales para el arbitraje de demandas de escasa cuantía y están a disposición de las partes. Algunos de estos procedimientos se encuentran directamente en los acuerdos internacionales de inversión y abarcan, entre otros, a) la posibilidad de celebrar audiencias a distancia, b) la resolución de la controversia por un árbitro único, c) la consolidación de demandas relacionadas, d) la aplicación de un procedimiento arbitral acelerado, e) la existencia de un calendario procesal comprimido y, f) una fase limitada de producción de documentos. Los procedimientos especiales arbitraje de varias instituciones y pueden aplicarse mediante el consentimiento expreso de las partes, es decir, optando por ellos.

En tercer lugar, aunque ni el acuerdo de inversión aplicable ni el reglamento de arbitraje contengan procedimientos especiales, las partes pueden optar por incorporar diversos mecanismos procesales a su arbitraje y crear un procedimiento a medida diseñado para agilizar su caso y minimizar los costes del arbitraje. A este respecto, las partes pueden inyectar estos mecanismos en varios momentos del desarrollo de un arbitraje: a) en la fase prearbitral, a través de su elección del

reglamento arbitral, la institución arbitral, la sede, el abogado y los árbitros, y su posible búsqueda de negociaciones prearbitrales o discusiones de conciliación; b) en la fase de arbitraje, en concreto con la elaboración de, entre otros, el calendario procesal, la posible determinación de cuestiones preliminares, y las limitaciones a las presentaciones escritas, las pruebas testimoniales, las intervenciones de terceros y la producción de documentos; y, c) en la fase post–arbitraje mediante la adopción de estrategias rentables en el contexto de la anulación de los laudos.

Aunque estas diversas herramientas y mecanismos se exploran en el contexto de las demandas de menor cuantía, el Subcomité espera que este debate recuerde a las partes, a los abogados y a los árbitros el valor de estas herramientas, independientemente de la cuantía en juego.

SWISS ARBITRATION CENTRE

Nuevo Reglamento Suplementario Suizo para Controversias de Derecho de Sociedades (9 noviembre 2022)

El Centro Suizo de Arbitraje ha dado a conocer el 9 de noviembre de 2022 su nuevo y moderno Reglamento Suplementario Suizo para Controversias de Derecho de Sociedades para empresas suizas. Con la entrada en vigor el 1 de enero de 2023 del nuevo art. 697n del Código de Obligaciones suizo, los estatutos de las empresas suizas podrán establecer que los «litigios de derecho de sociedades» sean resueltos por un tribunal arbitral con sede en Suiza.

La cláusula estatutaria de arbitraje obligará a la sociedad, a los órganos de gobierno de la sociedad, a los miembros de dichos órganos de gobierno y a los accionistas, salvo que los estatutos dispongan otra cosa. El Reglamento Suplementario Suizo para Controversias de Derecho de Sociedades, incluye un Modelo de Cláusula de Arbitraje Estatutario en virtud del cual las entidades corporativas suizas pueden elegir incluir en sus estatutos, asegurando una resolución eficiente de dichas disputas corporativas a través del Arbitraje Suizo y el cumplimiento del requisito estatutario.

ART. 697N DEL CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES

El nuevo art. 697n CO establece que los acuerdos de arbitraje para las disputas corporativas pueden incluirse ahora en los estatutos de las empresas suizas. Esto se aplica a las sociedades suizas por acciones, a las sociedades colectivas suizas por acciones y a las sociedades suizas de responsabilidad limitada, pero otras entidades, como las asociaciones, también pueden optar por el arbitraje para los litigios de derecho de sociedades. La controversia debe ser resuelta por un tribunal arbitral con sede en Suiza.

Salvo que los estatutos dispongan lo contrario, la cláusula de arbitraje estatutaria es vinculante para

la sociedad, los órganos de gobierno de la sociedad, el miembro de los órganos de gobierno y los accionistas. El art. 697n CO establece además que los estatutos pueden regular las particularidades del procedimiento de arbitraje, incluso remitiendo a las normas institucionales de arbitraje. En cualquier caso, debe garantizarse que las personas afectadas por el laudo arbitral sean informadas sobre el inicio y la finalización del procedimiento y se les conceda la oportunidad adecuada de participar en el mismo.

REGLAMENTO SUPLEMENTARIO SUIZO PARA CONTROVERSIAS DE DERECHO DE SOCIEDADES

A la luz de esta nueva disposición, el Centro Suizo de Arbitraje ha publicado recientemente el « Reglamento Suplementario Suizo para Controversias de Derecho de Sociedades («Reglamento Suizo Complementario»), que complementará el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional («Reglamento Suizo») con el fin de administrar y dirigir los procedimientos de arbitraje en relación con las controversias de derecho de sociedades, tal como se prevé en el nuevo art. 697n CO.

El Reglamento Suizo Complementario se aplicará a todos los procedimientos de arbitraje que se refieran a una controversia de derecho de sociedades y que se inicien a partir del 1 de enero de 2023 en virtud de una cláusula de arbitraje estatutaria contenida en los estatutos de una entidad corporativa y que haga referencia al Reglamento Suizo.

Los principales puntos regulados por estas Reglas Suizas Suplementarias son los siguientes:

i) Propone un Modelo de Cláusula de Arbitraje Legal, que contiene tanto el contenido recomendado requerido para una cláusula de arbitraje legal válida (los llamados *essentialia negotii* de la cláusula de arbitraje legal) como el contenido opcional. La idoneidad de dicho contenido propuesto dependerá, naturalmente, de las circunstancias particulares de cada empresa, por lo que se aconseja a las empresas que deseen introducir una cláusula de arbitraje estatutaria que consideren cuidadosamente su contenido y busquen asesoramiento jurídico si es necesario. A diferencia de los litigios comerciales habituales, los litigios de derecho societario, como por ejemplo los relativos a la existencia o disolución de la sociedad o a la validez o legalidad de los acuerdos de sus órganos de gobierno, pueden incluir a varias partes y afectar a más personas, por lo que, por su propia naturaleza, plantean un reto particular a la gestión procesal de un caso.

ii) Introduce un conjunto de normas adicionales para tener en cuenta estas especificidades y garantizar que los litigios en materia de Derecho de sociedades puedan resolverse de forma eficiente y eficaz.

iii) Implementa los nuevos requisitos legales que se aplican a aquellas disputas de derecho corporativo que pueden dar lugar a un laudo arbitral que tenga efectos legales directos hacia personas distintas de las partes («Personas Afectadas»). Estas normas incluyen disposiciones sobre la notificación oportuna de dichas Personas Afectadas sobre el inicio y la terminación del arbitraje, así como la posibilidad de que dichas Personas Afectadas presenten observaciones sobre la designación del tribunal arbitral y/o participen en el procedimiento arbitral en calidad de

no parte adicional. Debe tenerse en cuenta que los litigios de derecho de sociedades, por su propia naturaleza, pueden implicar a varios actores. El Reglamento suizo ya prevé varias posibilidades de implicar a otras partes o a terceros en un arbitraje. Si bien estas disposiciones son aptas también para la realización de arbitrajes sobre controversias de derecho societario, el Reglamento suizo complementario contiene disposiciones adicionales relativas a la inclusión de Personas Afectadas en el proceso arbitral, con el fin de garantizar que dichas controversias se resuelvan de manera eficiente y eficaz, incluso si intervienen múltiples partes.

Dado que la eficacia de las medidas cautelares puede ser de especial interés en el contexto de los litigios de derecho de sociedades, el Reglamento Suplementario Suizo contiene disposiciones que adaptan las normas sobre medidas cautelares y de emergencia del Reglamento Suizo. En particular, confirman la amplia discreción de los árbitros para tratar las solicitudes de medidas provisionales o de emergencia. En concreto, el tribunal arbitral o el árbitro de emergencia puede aplazar, o abstenerse de dictar, una decisión sobre una solicitud de medidas provisionales si considera más apropiado que una autoridad judicial, a la que se ha presentado una solicitud paralela, decida primero, por ejemplo, porque el procedimiento paralelo parece más eficiente o eficaz. Este principio se aplica incluso si la solicitud a la autoridad judicial se hizo después de que el tribunal arbitral recibiera la solicitud correspondiente.

MODELO DE CLÁUSULA DE ARBITRAJE ESTATUTARIO

El modelo de cláusula de arbitraje estatutario se adapta igualmente a los estatutos de las sociedades anónimas suizas, de las sociedades colectivas suizas y de las sociedades de responsabilidad limitada suizas, en caso de que cualquiera de estas entidades corporativas (la «Sociedad») desee someter sus litigios en materia de derecho de sociedades a arbitraje de conformidad con el art. 697n CO. (1)

> *«Any corporate law dispute, excluding matters subject to summary proceedings pursuant to Article 250(c) of the Swiss Civil Procedure Code [and excluding actions for cancellation of outstanding equity shares according to the Federal Act on Financial Market Infrastructures and Market Conduct in Securities and Derivatives Trading], shall be resolved by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Arbitration Centre in force on the date on which the Notice of Arbitration is submitted in accordance with those Rules».*

Esta disposición de la Cláusula Modelo de Arbitraje Legal se basa en la Cláusula Modelo de Arbitraje contenida en el Reglamento suizo y ha sido adaptada para tener en cuenta las especificidades de los «litigios de derecho de sociedades» en virtud del art. 697n CO.

Utiliza el mismo término «litigios de derecho de sociedades» adoptado en el arts. 697n(1) CO y se aplica a cualquier a cualquier litigio que se ajuste al significado legal de este término. El Reglamento Suplementario Suizo no define el término «litigios de derecho de sociedades» para evitar cualquier disparidad entre el ámbito de aplicación de la Cláusula Modelo de Arbitraje Legal y la ley. La Sociedad es libre de adaptar la Cláusula de Arbitraje Legal Modelo de manera que cubra únicamente las controversias de Derecho societario.

NOTICIAS

INFORMACIONES

La Unión Europea pone en marcha una regulación sobre la financiación privada de litigios responsable, incluyendo el arbitraje (13 septiembre 2022)

El 13 de septiembre de 2022 el Parlamento Europeo aprobó una resolución, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable (2020/2130(INL). Considera el Parlamento Europeo que, aun cuando el recurso a la financiación de litigios por terceros es aún limitado, constituye una práctica en expansión en la Unión con una importancia creciente tanto en los sistemas judiciales de algunos Estados miembros como en la manera en que los ciudadanos europeos pueden acceder a la justicia, muy en especial en asuntos transfronterizos. Con ello es necesario regular a escala de la UE la financiación de litigios.

Dicha regulación de la financiación de litigios por terceros debe ir acompañada, de acuerdo con la presente Resolución, de políticas que mejoren el acceso a la justicia para los demandantes, como la reducción de las costas procesales, una financiación pública adecuada para las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las organizaciones de protección de los consumidores, o la promoción de otras prácticas como la asistencia jurídica gratuita o la financiación participativa. Y para ello pide a los Estados miembros que intercambien buenas prácticas a este respecto y que se inspiren en las medidas a que se refiere el art. 20 de la Directiva (UE) 2020/1828 a la hora de garantizar un acceso

efectivo a la justicia;

Tiene el convencimiento de que para garantizar que todos puedan acceder a la justicia y que los sistemas judiciales den prioridad al resarcimiento de los perjudicados y no a los intereses de inversores privados que pueden buscar únicamente las oportunidades comerciales derivadas de litigios judiciales, es preciso establecer normas mínimas comunes en el ámbito de la Unión que aborden los aspectos fundamentales de la financiación de litigios por terceros, como la transparencia, la equidad y la proporcionalidad;

OBJETIVO

La presente resolución, articulada en forma de propuesta de Directiva, establece normas comunes mínimas aplicables a los terceros financiadores de litigios y sus actividades autorizadas e instaura un marco para apoyar y proteger a los demandantes financiados y a los beneficiarios previstos, incluidos, cuando proceda, aquellos cuyos intereses estén representados por entidades habilitadas, en procedimientos financiados total o parcialmente mediante financiación de litigios por terceros. Asimismo, establece salvaguardias para evitar los conflictos de intereses, la litigiosidad abusiva y la asignación de retribuciones monetarias desproporcionadas a los financiadores de litigios, velando al mismo tiempo para que la financiación de litigios por terceros permita adecuadamente el acceso de los demandantes y los beneficiarios previstos a la justicia y garantizando la responsabilidad empresarial.

El propósito de esta propuesta normativa sería regular las actividades de financiación de litigios por parte de los financiadores de litigios; señala que dicho régimen debe regular las actividades de financiación relativas a todos los tipos de acciones, independientemente de su naturaleza, y que debe entenderse sin perjuicio del Derecho vigente a nivel internacional, de la Unión o nacional que permite el ejercicio de acciones, en particular la legislación sobre la protección de los intereses colectivos de los consumidores, la protección del medio ambiente y la legislación que rige los procedimientos de insolvencia o por responsabilidad.

NORMAS MÍNIMAS

El establecimiento de normas mínimas comunes de la Unión para la financiación de litigios por terceros permitirá a los legisladores, en opinión del Parlamento Europeo, ejercer una supervisión eficaz y garantizar adecuadamente la protección de los intereses de los demandantes; señala que los mecanismos reguladores y códigos de conducta de carácter voluntario pueden ser positivos, pero que, hasta la fecha, la gran mayoría de los financiadores no los han suscrito, lo que deja a los demandantes muy expuestos;

REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS FINANCIADORES DE LITIGIOS

La Resolución recomienda la creación de un sistema de autorización de financiadores de litigios para garantizar que los demandantes dispongan de posibilidades reales de recurrir a la financiación de

litigios por terceros y que se establezcan salvaguardias adecuadas, por ejemplo, mediante la instauración de requisitos de gobernanza empresarial y competencias de supervisión para proteger a los demandantes y velar por que la financiación se aporte exclusivamente por entidades que se hayan comprometido a cumplir requisitos mínimos de transparencia, independencia, gobernanza y adecuación del capital y con la observancia de una relación fiduciaria con los demandantes y los beneficiarios previstos; subraya la necesidad de garantizar que este sistema no cree cargas administrativas excesivas para los Estados miembros o para los financiadores de litigios;

ASPECTOS ÉTICOS

La Resolución recomienda que se obligue a los financiadores de litigios a respetar el deber fiduciario de diligencia que les exige actuar en interés del demandante; considera que los financiadores de litigios no pueden tener un control indebido sobre los procedimientos judiciales que financian y que el control sobre los procedimientos judiciales debe corresponder al demandante y sus representantes legales; señala que dicho control sobre los procedimientos judiciales objeto de la financiación puede consistir tanto en un control formal, por ejemplo, mediante acuerdos contractuales, como en un control informal, por ejemplo, mediante amenazas de retirar la financiación;

Destaca la posibilidad de que surjan conflictos de intereses si existen relaciones inapropiadas entre financiadores de litigios, entidades de representación, bufetes de abogados, aggregators —incluidas plataformas de cobro de reclamaciones o de reparto de indemnizaciones— y otras entidades que puedan tener interés en el resultado de un proceso judicial; observa que existe una tendencia creciente entre los financiadores de litigios a acordar con bufetes de abogados la financiación de litigios futuros (financiación de cartera). Esto puede exponer a los demandantes que recurren a financiadores de litigios al riesgo de pérdidas económicas importantes imprevistas y al riesgo de abandono de procedimientos que de otro modo serían viables, debido a las circunstancias comerciales o a las decisiones del financiador de litigios.

Entre otros criterios de autorización, los Estados miembros deben exigir a los financiadores de litigios que demuestren que disponen de capital suficiente para cumplir sus obligaciones financieras. La ausencia de requisitos de adecuación de capital entraña el riesgo de que un financiador de litigios infracapitalizado celebre un acuerdo de financiación por terceros y no quiera o no pueda cubrir posteriormente los costes de los litigios que había aceptado sufragar, incluidos los costes o tasas necesarios para que el procedimiento pueda llegar a su conclusión o en caso de condena en costas.

Asimismo

- recomienda que se adopten garantías para impedir conflictos de intereses potenciales, establecer los derechos de los demandantes y exigir la divulgación de información sobre las relaciones existentes entre los financiadores de litigios y las demás partes implicadas;

- considera que, salvo en circunstancias excepcionales y reguladas estrictamente, no se debe permitir a los financiadores de litigios que abandonen a las partes financiadas en ninguna de las

fases del litigio, dejándolos como únicos responsables de los costes, dado que el litigio puede que se haya iniciado únicamente debido a la intervención del financiador; recalca, por lo tanto, que deben considerarse nulos los acuerdos contractuales por los que la financiación sea condicional;

- estima que, al igual que los demandantes, los financiadores de litigios deben hacerse cargo de los costes en que incurran los demandantes en caso de desenlace desfavorable del litigio, por ejemplo, si son condenados en costas; recalca que la regulación debe impedir que los financiadores de litigios limiten su responsabilidad a los costes en caso de un resultado desfavorable.

INCENTIVOS Y LÍMITES AL COBRO

La normativa debe imponer límites al porcentaje de las cantidades reconocidas en el procedimiento que corresponda recibir a los financiadores en caso de ganar el litigio y sobre la base de un acuerdo contractual; estima que solo en casos excepcionales los acuerdos entre financiadores de litigios y demandantes podrían apartarse de la regla general según la cual debe abonarse a los demandantes un mínimo del 60 % de las cantidades o indemnizaciones brutas reconocidas o acordadas en el procedimiento;

COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

La financiación de litigios en procedimientos judiciales debe regirse por la transparencia, incluida la obligación de los demandantes y sus abogados de revelar los acuerdos de financiación a los órganos jurisdiccionales a iniciativa de estos o si el demandado les presenta la correspondiente solicitud, y de informar al órgano jurisdiccional de la existencia de financiación comercial y de la identidad del financiador en la causa concreta; estima que el órgano jurisdiccional debe informar al demandado de la existencia de la financiación de litigios por terceros y de la identidad del financiador; señala que en la actualidad es frecuente que los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas y los demandados ignoren que una demanda está financiada por una entidad mercantil;

COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES DE SUPERVISIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Las autoridades de supervisión, así como los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas, según proceda de conformidad con el Derecho procesal nacional, deben estar facultadas para facilitar el cumplimiento efectivo de la legislación adoptada con el fin de alcanzar los objetivos anteriormente expuestos; recomienda la creación de un sistema de reclamaciones que no genere cargas administrativas o costes excesivos para los Estados miembros. Dichas autoridades de supervisión, así como los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas, según proceda de conformidad con el Derecho procesal nacional, deben estar facultados para actuar contra las prácticas abusivas de los financiadores de litigios autorizados, sin obstaculizar el acceso a la justicia para los demandantes y los beneficiarios previstos.

APLICACIÓN AL ARBITRAJE

La Resolución es consciente de que financiación comercial de litigios por terceros es una práctica creciente en virtud de la cual inversores privados («financiadores de litigios») que no son parte en un litigio invierten con ánimo de lucro en procedimientos judiciales y sufragan las costas judiciales y otros gastos a cambio de una parte de las cantidades que se reconozcan en el procedimiento; que las demandas colectivas son solo uno los tipos de litigios en que los que se recurre actualmente a la financiación de litigios por terceros, siendo asimismo ejemplo de ello los procedimientos de arbitraje e insolvencia, la recuperación de inversiones o las acciones en materia de defensa de la competencia, entre otros. Se trata de un fenómeno en auge en el arbitraje en materia de inversiones que multiplica el número y el volumen de las demandas de inversores privados contra los Estados.

En esta dirección la proposición de Directiva engloba dentro de la noción de «órgano jurisdiccional o autoridad administrativa», un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa, un tribunal de arbitraje u otro organismo que tenga encomendado la resolución de un procedimiento con arreglo al Derecho nacional. Y, concretamente, entiende por procedimiento, todo litigio de carácter civil o mercantil, nacional o transfronterizo, o procedimiento voluntario de arbitraje o mecanismo alternativo de resolución de litigios, a través del cual se solicite una medida resarcitoria ante un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa de la Unión en relación con una controversia.

[*Véase José Carlos Fernández Rozas, «El mercado emergente sobre la financiación privada de litigios responsable en la Unión Europea: un cauce para facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos y las empresas privadas»,* La Ley: Unión Europea, *n.º 108, noviembre de 2022*]

El Comité Económico y Social de la UE respalda las críticas a la solución de litigios entre inversores y Estados (ISDS) y pide un enfoque más holístico: «Dictamen de iniciativa Tribunal multilateral de arbitraje inversor-Estado: valoración del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil» aprobado el 26 de octubre de 2022

El dictamen de iniciativa «Tribunal multilateral de arbitraje inversor-Estado: valoración del proceso de la CNUDMI y sus logros a la luz de las recomendaciones de la sociedad civil» (del que ha sido ponente Christophe Quarez) adoptado en el Pleno de octubre del CESE, por 176 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones el 26 de octubre de 2022 pretende explorar la situación relativa a la reforma y modernización de esta solución de controversias método, en el que la Comisión Europea está jugando un papel central, actualmente en discusión en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Las críticas planteadas por la sociedad civil se refieren principalmente a cuestiones sobre la legitimidad, coherencia y transparencia de este sistema de arbitraje. Para el Comité Económico y Social de la UE es necesario desarrollar un nuevo modelo para la gobernanza de las inversiones internacionales, con el fin de llenar la brecha significativa entre el sistema de inversión por un lado y la protección efectiva de los derechos laborales y el medio ambiente por el otro.

La solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) es un mecanismo en numerosos acuerdos de libre comercio y acuerdos internacionales de inversión (IIA, por sus siglas en inglés) para resolver controversias relacionadas con la implementación de acuerdos de protección de inversiones.

El sistema ha sido objeto de muchas críticas por parte de la sociedad civil, como su puso de manifiesto en los debates sobre el proyecto de acuerdo entre la UE y los EE. UU., a saber, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP).

Indudablemente, el cuestionamiento a través del arbitraje de las decisiones democráticas sobre protección ambiental, social o de la salud ha sido ampliamente criticado. Del mismo modo, a menudo se plantean cuestiones sobre la independencia y legitimidad de los árbitros, y la transparencia y el costo del procedimiento.

El CESE reitera la necesidad de contar con un sistema internacional de protección de inversiones con resolución de litigios moderno, eficaz y en funcionamiento. Al mismo tiempo, lamenta que el derecho internacional no exija el agotamiento de los recursos internos.

Por esa razón el Comité sigue recordando a la Comisión su solicitud de participar más de cerca en su trabajo de la CNUDMI, alentando a la Comisión a continuar con el tema del agotamiento de los recursos internos antes de cualquier remisión internacional. El sistema actual discrimina a las PYME, dados sus limitados recursos financieros. ISDS debe ser reconocido como un remedio extraordinario.

En consecuencia, el Comité destaca que, en este punto, las actividades de la CNUDMI deberían centrarse más en cuestiones sustantivas que en las de procedimiento, aunque siguen siendo importantes. Entre otros, un ejemplo importante de cuestiones de fondo es la vaguedad y/o la naturaleza demasiado amplia de las disposiciones sobre trato justo y equitativo (FET).

LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE HOLÍSTICO COHERENTE CON LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y JUSTICIA SOCIAL

Los problemas identificados con mayor frecuencia se relacionan con la falta de transparencia en las disputas de inversión, la falta de consistencia y previsibilidad de los resultados del arbitraje, el papel y la independencia de los árbitros y las cláusulas de ISDS que contienen conceptos vagos y de gran alcance que pueden generar inseguridad jurídica y un posible uso indebido..

La percepción pública actual ve que existe una brecha significativa entre la protección de las inversiones, que es legalmente vinculante, y la protección de los derechos humanos, sociales, ambientales y de salud, que se encuentran bajo sistemas internacionales que son parcialmente vinculantes o no vinculantes en absoluto.

Al igual que la Comisión de Comercio Internacional (INTA) del Parlamento Europeo, el CESE cree que la política de inversión de la UE no solo debe satisfacer las expectativas de los inversores y los Estados receptores, sino también los intereses económicos más amplios de la UE, sus objetivos de política exterior, así como sus prioridades, en particular las sobre la protección del medio ambiente y la protección de los derechos humanos fundamentales.

Lograr la coherencia entre los ambiciosos objetivos de desarrollo sostenible de la UE y el marco para reformar el modelo ISDS puede ayudar a la sociedad a afrontar los desafíos actuales.

El objetivo común es encontrar un equilibrio entre la protección de las inversiones y la protección del interés general, por esa razón todas las partes interesadas, incluidos los residentes locales, los trabajadores, los sindicatos, los grupos ambientales y de consumidores, deben ser escuchados por el

Organismos de arbitraje estatal/inversor.

El CESE anima a la Comisión a que se asegure de que las cuestiones transversales, como los efectos paralizadores del ISDS, el agotamiento de los recursos locales y el acceso de terceros, como las comunidades locales afectadas por las inversiones, se mantengan sobre la mesa y se aborden satisfactoriamente.

Para que un proceso de reforma multilateral del ISDS marque una diferencia real, el CESE considera esencial adoptar un enfoque más holístico de la gobernanza de las inversiones internacionales, alejándose del arbitraje ad-hoc y no simplemente reemplazando el arbitraje ISDS por un tribunal inversor-Estado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.1. El CESE considera positivo un sistema de protección de las inversiones internacionales eficaz y operativo que incluya un mecanismo de resolución de litigios. No obstante, el CESE respalda las críticas formuladas respecto de la resolución de litigios entre inversores y Estados prevista en los acuerdos comerciales y de inversión. Estas críticas, procedentes de la sociedad civil, se refieren esencialmente a las cuestiones de legitimidad, coherencia y transparencia de este sistema de arbitraje.

1.2. El CESE toma nota del mandato otorgado a la Comisión Europea para negociar, bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la posible creación de un tribunal multilateral de inversiones. Lamenta, no obstante, que las negociaciones en curso se refieran sobre todo a cuestiones de procedimiento en lugar de al fondo.

1.3. Cinco años después del inicio de este primer proceso multilateral de reforma de la resolución de litigios entre inversores y Estados, los avances significativos han sido limitados, salvo en lo que se refiere a la elaboración de un código de conducta de los árbitros, cuyos detalles aún están por perfilar. La faceta de los debates referida a la reforma estructural del sistema de resolución de litigios entre inversores y Estados —una de cuyas propuestas clave es la creación de un tribunal permanente— no acaba de encontrar una solución compartida por todos los Estados miembros de la CNUDMI.

1.4. Al no haberse alcanzado un consenso entre los Estados miembros en las organizaciones internacionales pertinentes, hasta la fecha no se contempla revisar el Derecho sustantivo. Por consiguiente, el CESE insta a la Comisión Europea a que siga impulsando la reforma del Derecho sustantivo además de las normas de procedimiento. Entre las cuestiones de Derecho sustantivo, las disposiciones vagas o demasiado amplias en materia de trato justo y equitativo deben limitarse a la no discriminación y a la expropiación directa como aspectos esenciales de la protección de las inversiones.

1.5. Además, el Comité pide que se mantengan sobre la mesa de negociación algunas de las cuestiones más transversales, como el efecto disuasorio del sistema de resolución de litigios entre inversores y Estados, el agotamiento de las vías internas de recurso y la intervención de terceros (por ejemplo, de las comunidades locales afectadas por las inversiones). Los resultados de este proceso deben ser reales y suponer un cambio. El proceso no debe limitarse a aportar meros retoques —aclamados como un éxito—

del actual sistema arbitral de resolución de litigios entre inversores y Estados.

1.6. El CESE señala que la reforma de las normas procesales (en particular, sobre la transparencia, las normas deontológicas, el acceso al arbitraje o su coste) permite, no obstante, entablar un debate sobre la reforma de las normas materiales.

1.7. El CESE desea que el modelo amicus curiae *contemple que todas las partes interesadas (como residentes locales, trabajadores, sindicatos, grupos ecologistas o consumidores) puedan intervenir en calidad de terceros y garantice que los jueces presten la debida consideración a tales intervenciones.*

1.8. El CESE acoge con satisfacción los trabajos de la OCDE destinados a tener en cuenta los retos del desarrollo sostenible en los acuerdos de inversión, pero insta a que complete dicha labor teniendo también en cuenta los retos sociales, en particular haciendo que el deber de diligencia constituya un criterio de admisibilidad para los inversores extranjeros.

1.9. El CESE siempre ha señalado —en particular, en su Dictamen REX/501 sobre un tribunal multilateral de inversiones— que es esencial que dicho tribunal no afecte en modo alguno a la capacidad de la Unión y de los Estados miembros para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los acuerdos internacionales relativos al medio ambiente, los derechos humanos y los derechos laborales, sin olvidar la protección de los consumidores. También deben preverse garantías procesales ante la interposición de recursos contra la legislación nacional de interés general; el CESE considera que este objetivo se alcanzaría con la inclusión de una cláusula de jerarquía y una excepción de orden público.

1.10. El CESE señala que, aunque los trabajos del GT-III sobre la CNUDMI se centran en las cuestiones de procedimiento, esto puede tener efectos positivos en el futuro, como una jurisprudencia más clara y estable, que facilitará también una reforma del Derecho sustantivo aplicable a los tratados de inversión.

1.11. El CESE subraya que, en el Derecho internacional consuetudinario y en la legislación internacional sobre los derechos humanos, los particulares deben recurrir en primer lugar a los órganos jurisdiccionales nacionales antes de poder incoar un procedimiento internacional contra un Estado; lamenta que, en cambio, en el ámbito de las inversiones el Derecho internacional no exija por lo general que se agoten las vías internas de recurso. El CESE señala que este sistema es discriminatorio para las pymes debido a sus limitados recursos financieros. Por lo tanto, el CESE anima a la Comisión a que, en el marco del proceso de la CNUDMI, continúe abordando la cuestión del agotamiento de las vías internas de recurso antes de someter el litigio a un tribunal internacional. La resolución de litigios entre inversores y Estados debe reconocerse como una vía extraordinaria.

1.12. El CESE recuerda a la Comisión su petición de participar más en los trabajos de la CNUDMI.

1.13. El CESE recuerda la necesidad de encontrar una coherencia entre los ambiciosos Objetivos de Desarrollo Sostenible asumidos por la Unión Europea y el marco para reformar el modelo de resolución de litigios entre inversores y Estados. Unos tratados de inversión mal diseñados pueden obstaculizar los avances, mientras que si están bien planteados pueden ayudar a las sociedades a hacer frente a los retos actuales. Es necesario desarrollar un nuevo modelo de gobernanza de las inversiones internacionales que

resuelva el importante desfase entre el sistema de inversión, por un lado, y los derechos humanos y laborales y el medio ambiente, por otro.

CURSOS, CONGRESOS, SEMINARIOS Y JORNADAS

Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) acoge primer encuentro de especialistas en arbitraje internacional (23 septiembre 2022)

Expertos de nueve países se han reunido desde este jueves para analizar el estado de este mecanismo jurídico y su alcance. La conferencia inaugural corrió a cargo del árbitro internacional José Carlos Fernández Rozas.

Juristas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Estados Unidos, España, Francia, Perú y Suiza se han reunido en Santa Cruz de la Sierra para intercambiar criterios y debatir sobre los alcances del arbitraje internacional.

De acuerdo con el abogado boliviano y exministro Walker San Miguel, uno de los profesionales que está a cargo de la organización, este encuentro apunta a contribuir «al debate de este asunto vital para la economía regional y en la búsqueda de la seguridad jurídica».

En el encuentro se abordarán algunos de los casos que están en manos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), una de las instituciones que forman parte del Banco Mundial (BM).

El evento se desarrolla en el hotel Los Tajibos de la capital cruceña y fue organizado por el Instituto Peruano de Arbitraje y por el Instituto Boliviano de Arbitraje y Conciliación.

San Miguel explicó que el temario de las ponencias incluye el papel de los convenios bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones, y la experiencia latinoamericana en este ámbito, además de los mecanismos que aplica el CIADI.

Además, en este encuentro internacional se ha previsto la participación de especialistas de varias

universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa; autoridades judiciales nacionales y locales.

II Congreso de Arbitraje y Jurisdicción (A Coruña 10 y 11 de noviembre de 2022)

Organizado por la Fundación pola Maxistratura, el Club Español del Arbitraje y el Colegio Provincial de Abogados de A Coruña, el II Congreso de arbitraje y jurisdicción incluyó seis mesas de debate sobre distintos aspectos, como la dimensión judicial del arbitraje, las instituciones arbitrales o la acción de anulación, entre otros.

La Presidenta de la Corte de Arbitraje de la CAM Urquiola de Palacio, intervino en la mesa redonda «Instituciones arbitrales, su organización y funcionamiento» en el marco del segundo Congreso de Arbitraje y Jurisdicción celebrado en La Coruña los días 10 y 11 de noviembre, junto con Juan Serrada, Adolfo Díaz-Ambrona y Frederic Munné, moderada por José María Alonso.

España es uno de los países más reconocidos y adelantados en este marco en la Unión Europea, según María Jesús del Barco. Llega a compararlo con ciudades como París o Nueva York. Con todo, subraya que el arbitraje es una fórmula que por el momento no llega a triunfar en el servicio al pequeño consumidor. Durante dos días decenas de expertos en judicatura y abogacía acudirán al congreso con coloquios y presentaciones sobre el arbitraje.

Este encuentro entre jueces y árbitros se ha centrado en temas como la visión judicial del arbitraje, la acción de anulación o la prejudicialidad penal; todos ellos temas relevantes y de necesaria reflexión entre las instituciones de la jurisdicción y el arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre «La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo» de Gerardo Carballo

Javier Jiménez-Ugarte

Embajador de España (ex). Of Counsel, Mediación y Arbitraje, en «Lupicinio International Law Firm»

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

Antes que nada, mi pesar por no poder contar en esta mesa con el autor de esta importante obra. Un inaplazable viaje a Canadá lo ha impedido, tocándome a mí asumir, ciertamente con menores méritos, la presentación ante todos ustedes de esta tesis doctoral, publicada como libro en *2008* por Thomson Aranzadi, pero que, en mi opinión, y como espero demostrar, tiene enorme actualidad.

Puedo presumir, en cualquier caso, de que Gerardo Carballo, —que quizás nos esté siguiendo *on line*–, me regaló y dedicó un ejemplar en mayo de 2020, y que, desde entonces, han sido frecuentes mis consultas a su texto, — durante estos años que he seguido estudiando, al término de una larga carrera diplomática y consular de cuarenta y cinco años, con vocación de neófito–, en búsqueda de respuestas a mis dudas que, debo añadir, siempre han encontrado respuesta en sus quinientas páginas de texto principal, que incluyen centenares de precisas notas a pie de página (1) .

Comprenderán pues mi desazón ante el desafío de exponer en veinte minutos antes esta audiencia presencial, y todos los que nos siguen telemáticamente, lo mejor y más práctico de lo mucho aprendido.

A modo introductorio, dejaré constancia de la lógica admiración que en mi despierta la ingente labor que exige la elaboración de una tesis doctoral, algo que ciertamente no está al alcance de cualquiera, como descubrí en mis propias carnes cuando intenté hacer una sobre el sugerente título, —para un ex Embajador de España en Atenas —, *El ingreso de Grecia en la Unión Europea y consecuencias para España*, que, aunque pasó el primer filtro del llamado DEA , reconocimiento de capacidad

investigadora, se estrelló contra el inalcanzable nivel de exigencia que, en mi opinión, correspondía al delicado tema.

Recordaré además que, tras ultimar el correspondiente Máster sobre Mediación en 2018, continué mis estudios con la lectura de la tesis, «Cooperar como Estrategia: sobre el uso de métodos alternativos para la solución de los conflictos de las empresas», de otro gran especialista y abogado en ejercicio, Paulino Fajardo, reelaborada y publicada como libro por Thomson Reuters Aranzadi en *2016.*

Volviendo a la obra de Gerardo Carballo, recuerdo haberle escrito, al término de una atenta lectura en un encomioso email, que *«podrían haber sido dos sólidas tesis doctorales, ciertamente vinculadas».* En efecto, el libro, como apunta su título, tiene dos Partes, la primera directamente dirigida a la figura de la *«Mediación Administrativa»,* y la segunda, a la manera en que esta institución se ha integrado y desarrollado en la figura del *Ombudsman*, nacido en tierras de Suecia y expandido a lo largo y ancho del globo, incluida España bajo su definición constitucional como *«Defensor del Pueblo».*

II. FORTALEZA DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Me voy a fijar especialmente, como sin duda esperan, en lo que tiene que ver con la «mediación administrativa», tema específico de nuestra sesión conjunta. Tras dos primeros capítulos dedicados la *«Historia de la Mediación»*, y al *«Concepto de la Mediación»,* la describe en el tercero como *«Forma de resolución de conflictos en las relaciones entre los sujetos privados y la administración».*

Su análisis de la situación en el *Derecho continental* deja clara la fortaleza de la mediación administrativa como fruto de la pugna entre el viejo súbdito, ahora «ciudadano», y los «derechos públicos subjetivos», para evitar abusos que pudiesen hacer olvidar la *indispensable presencia de la ética en la Administración pública*, para lo que recuerda un viejo trabajo de finales del pasado siglo del catedrático Jesús González Pérez (2) .

Destaca el importante papel llamado a jugar por los *Convenios Internacionales*, como el « Convenio Europeo de los Derechos Humanos» del *Consejo de Europa*, o la «Carta de los Derechos Fundamentales» de la *Unión Europea*. En todo caso, remata Gerardo Carballo, *«el sistema de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración es infinitamente mejorable si se tiene en cuenta en el ámbito del Derecho administrativo la presencia cada vez más exorbitante de un Estado interventor».* (3)

Cita de cara a esta labor las sucesivas Resoluciones aprobada en una u otra sede para *«hacer frente a una excesiva carga en el ámbito de los tribunales de justicia, en búsqueda de una solución amigable de las diferencias, bien sea fuera de la administración de Justicia, bien sea antes o durante el proceso judicial»* (4) (R/86.12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa).

Tras analizar también la Resolución (2001) 9, específicamente dedicada a la intervención del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho administrativo, y manteniendo la diferenciación conocida entre

el «mediador» y el «conciliador», escribe que «*ni uno ni otro pueden anular los actos administrativos, pero sí convencer a la administración para que retire los actos viciados, lo que avala, naturalmente, que la mediación pueda realizarse en los dos ámbitos de actuación en los que se fundamenta la práctica administrativa, esto es, la potestad reglada y la potestad discrecional*» (5) .

A pesar de las muchas y concretas previsiones, debidamente explicadas, contenidas en el citado texto, invitando a la futura *regulación estatal* por los entonces 47 miembros , Gerardo Carballo concluía, en ese ya lejano año 2008, que «*En definitiva los ADR se han desarrollado escasamente y aunque en algunos países se han establecido, su uso está dirigido a situaciones de excepción*» (6) , afirmación que, afortunadamente, y sin duda gracias al trabajos de muchos, empezando por el autor de la tesis, ha dejado de tener actualidad.

III. ESENCIA CONTRACTUAL DE LA MEDIACIÓN

El Capítulo IV se titula «*Mediación y Administración Pública*», y, con máxima concreción, profundiza en la esencia contractual de la mediación, en sus dos interpretaciones, pero siempre desde la perspectiva de la «autonomía de la voluntad» del art. 1255 del Código Civil, sin dejar de reconocer la existencia de diversas modulaciones que singularizan la «mediación administrativa» frente a la «mediación de Derecho privado».

Destaca el autor «*el acierto en el ordenamiento jurídico administrativo de concebir la mediación como un instrumento jurídico a través del cual se pretende alcanzar un doble objetivo. A saber, de una parte, el ejercicio de una función alternativa al proceso, basada en la resolución de los litigios o conflictos interpartes, y de otra, convertirse en un instrumento participativo del ciudadano en las funciones públicas*» (7) .

Aunque reconoce la inexistencia de una regulación de carácter general para lo que denomina «*actividad multilateral a través de la cual interviene la administración pública*» (8) , menciona ejemplos mediadores en los ámbitos de la función pública, en materia tributaria, y en planeamiento y ejecución urbanísticos, incluidos los convenios expropiatorios, lo que reflejaba una rica realidad ya en el 2008.

Se atreve, además, el autor a ofrecer una meditada definición de la Mediación administrativa que paso a reproducir: «*acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos, tanto de derecho público como privado, regulado por el Derecho administrativo, por el que, con voluntad inequívoca, convienen someter a mediación las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en relación a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica con el fin de terminar el procedimiento o de preparar su terminación*» (9) .

Mucho y bueno cabe leer, a continuación, bajo el subtítulo «*Características y requisitos del convenio de mediación: consentimiento, objeto y causa*», con sus diferencias frente al «acto de mediación», las del «convenio principal» frente al «convenio instrumental», y las peculiaridades del «convenio impropio» carente de contraprestaciones.

Afirmaciones especialmente clarificadoras son las contenidas bajo el epígrafe «*Hacia la sustantividad de la mediación administrativa a través de seis modulaciones que resaltan la diferencia*» que prefiero mencionar una a una: *La integración de la mediación en el Derecho administrativo; la incorporación de la mediación en el derecho positivo; la integración de la mediación en una jurisdicción especial; la distinción de la mediación de otras formas paccionadas en el ámbito administrativo; la expresión de la mediación en la doctrina y en la jurisprudencia; y la integración de la mediación en la doctrina del ombudsman* (10) .

Sin tiempo para entrar en el análisis de cada una de ellas, pienso que estos seis enunciados, debidamente explicados y justificado por Gerardo Carballo a lo largo de diez páginas, permiten al lector ver confirmada la existencia de la mediación administrativa como concepción jurídica propia y existente, que invita a todos a reconocer su existencia diferenciada de otras, y anima a profundizar en su mejor conocimiento y mayor expansión, que es lo que viene a hacer el autor en el resto de la obra.

IV. ORDENACIÓN LEGAL

Los dos siguientes capítulos están dedicados a estudiar los textos legales en los que se apoyaba esta figura de la mediación administrativa. El Capítulo V sobre los *artículos 88 y 107* de la « Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo», la LPA 30/1992, y el capítulo VI sobre el art. 77 de la «Ley de la Jurisdicción Contenciosa–Administrativa», LJCA 29/1998.

Empezando por el análisis del viejo art 88 de la LPA, (11) siguen siendo válidas, en mi opinión, las principales consideraciones hechas por el autor (12) , en torno a la «*mediación convencional*», facultad que se le reconoce a la Administración tanto de carácter intraprocesal como extraprocesal, con las conocidas restricciones de que la mediación no sea contraria al ordenamiento jurídico, no verse sobre materias no susceptibles de mediación y tenga por objeto satisfacer el interés público que las administraciones tienen encomendado (13) .

No niega Gerardo Carballo la existencia de una fuerte «*interpretación restrictiva*» frente a la que denomina «*interpretación extensiva*». Descritas unas y otras posiciones doctrinales, y analizadas determinadas leyes nacionales y autonómicas, así como sentencias de lo contencioso en favor de la «*eficacia directa*» de art. 88, el autor concluye: «*No considero necesario que para dotar de plena eficacia a la mediación como forma de resolución de conflicto entre la administración y las personas privadas sea necesaria una regulación específica más allá de la que le sirve de apoderamiento en el art.88.1º de la LPC*» (14) .

Pasa luego al análisis del art.107.2º de la LPA, que califica como «*técnica procedimental*» (15) . Escribe el autor: «*la mediación procesal o impugnatoria aparece como sustitutivo de los recursos administrativos, y en concreto como supletoria del recurso de alzada y del potestativo de reposición*» (16) .

Destaca a continuación que «*se trata de una cláusula de apoderamiento especial dirigido a determinados ámbitos sectoriales, para sustituir el recurso ordinario de reposición por otros*

procedimientos de impugnación a los que denomina «equivalentes impugnatorios», y entre los que se ha incluido expresamente la mediación».

Reconoce, finalmente, que «*contrariamente a las previsiones contenidas en el art.88.1 de la LPC, el art. 107.2º refleja una eficacia diferida de la mediación, dado que para poder sustituir los tradicionales procedimientos impugnatorios por un procedimiento de mediación como vía alternativa o eventual a un futro proceso jurisdiccional, es necesario una ley específica que lo autorice».*

Las anteriores citas, unidas a un intenso seguimiento de la doctrina, llevan al autor a comentar el importante papel llamado a jugar por la figura del *Defensor del Pueblo*, bajo sus distintas denominaciones, nacionales y autonómicas (17) , debido a la exigencia recogida en el citado art. 107.2º de que tales procedimientos de impugnación se realicen ante «*órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas»,* lo que lleva al autor a concluir que «*en ningún caso, bajo la dirección de un mediador unipersonal elegido para el caso concreto ad hoc»* (18) .

Se incorpora así a la tesis doctoral la importante figura de la «*mediación institucional*», que el autor define con rigor (19) , al mismo tiempo que añade que también se conoce como «*mediación pública*».

Concluye estas interesantes consideraciones recordando que el régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común es competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado según el artículo149.1. 18ª de la Constitución española. Lo anterior no impide que ya entonces se desarrollaran ejemplos, como el de la *Ley sectorial 3/1998* de 27 de febrero, sobre *Protección del Medio Ambiente* de la *Presidencia del Gobierno vasco*, recogiendo esta modalidad de mediación procedimental, llegando a fijar que ésta no deberá durar más tiempo que el que, con carácter general, se haya establecido para la resolución del recurso, evitando así que pueda convertirse en una nueva táctica dilatoria.

Aporta el autor, además, para clarificar al máximo una y otra figura, un interesante listado de diferencias entre la «mediación convencional» asentada sobre la base del principio de autonomía negocial (art. 88.1º LPC), y una «mediación procedimental» o impugnatoria, fundamentada, por el contrario, desde la perspectiva del «principio de la defensa» (art. 107.2º) (20) .

V. LÍMITES MATERIALES DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Bajo el epígrafe siguiente, «*Los límites materiales de la mediación administrativa»,* ofrece Gerardo Carballo una interpretación muy estricta de los mismos, donde caben afirmaciones como la de que «*los sujetos de la mediación no resultan obligados a acatar una resolución vinculante e impuesta por una tercera instancia*» (21) , «*cualquier materia, competencia o actividad que ejerza la Administración a través de un procedimiento administrativo podrá realizarse a través de esta técnica jurídica*» (22) , «*el acto discrecional o reglado va a mostrar tan solo una referencia orientativa frente al ejercicio de una potestad distinta como la consensual o concertada con la Administración*» (23) , abriendo la mediación a potestades regladas y no solo discrecionales, si bien «*una mediación donde se reflejan tan amplias expectativas a través de la discrecionalidad de decisión, ofrece una mayor amplitud que aquella mediación derivada de las potestades regladas*» (24) , o la final de que «*la mediación no será legal si no*

satisface el interés público y el particular» (25) .

Importancia practica tiene, el «*límite*», — o «*carga*», añade el autor —, de que, una vez fijado el objeto sobre el que recae el conflicto, al igual que ocurre con la transacción en el Derecho administrativo, haya que requerir el dictamen positivo del Consejo de Estado, y ulteriormente del propio Consejo de Ministros, — sustituidos en las normativas autonómicas por los «servicios jurídicos» correspondientes —, para que validen el acuerdo. Frente a ello, tras afirmar el autor que esta interpretación puede responder a un «*error de identificación de los conceptos de mediación y transacción*» que no tienen por qué coincidir , escribe que «*debe recordarse al respecto que un pacto de mediación no pasa necesariamente por una transacción porque no pretende, como ocurre en ésta, que las partes den, prometan o retengan cada una alguna cosa, sino que éstas lleguen a consensuar lo que inicialmente podría haber sido una actividad unilateral de prerrogativa y, finalmente, se transforma en un convenio plenamente aceptado por los dos sujetos de la relación jurídica*» (26) .

Pasa el autor, como antes anunciado, a estudiar la mediación en la jurisdicción contenciosa, que encontraría su fundamento legal en el art. 77 LJCA, si bien no deja de reconocer *ab initio* que «*los tribunales no han sido receptivos en admitir en el proceso contencioso–administrativo la posibilidad de eludir o finalizar el conflicto y consecuentemente las actuaciones, a través de la práctica de la mediación como medio de composición alternativo a la justicia estatal*» (27) .

Sin dejar de recordar las frustradas expectativas de la «*conciliación judicial*» en el pasado y realzar sus nuevas opciones gracias al «principio de oralidad» que inspira el nuevo procedimiento abreviado, el autor reconoce la influencia que ha tenido el reconocimiento de estas vías extraordinarias de terminación del proceso en los órdenes civil y laboral sobre la definitiva aprobación del art. 77.1º LJCA (28) , cuyo complejo proceso de redacción parlamentaria recoge en detalle.

Se pregunta a continuación si gracias a «*la voz «acuerdo» que introduce el referido artículo, resulta posible entender que, de entre los distintos medios de solución alternativa de conflictos, además de las previstas conciliación y transacción, también resulta posible introducir la mediación judicial*» (29) .

Al fijarse en el art. 77.2º, que dictamina que «*el intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones…*», reconoce que «*esta figura ha demostrado tener difícil encaje en el contencioso-administrativo*», lo que le lleva a sugerir por razones pragmáticas «*la integración de la mediación en el citado precepto, cuya razón de ser viene impuesta por la realidad social y jurídica que necesita ampliar los cauces de participación de los ciudadanos, a través de medios que permitan resolver sus problemas contando con una Administración que debe estar a su servicio*» (30) .

El siguiente epígrafe deja claras sus convicciones, «*Hacia una interpretación amplia del art. 77 de la LJCA*», invocando como uno de sus fundamentos, recogido en la *Exposición de Motivos*, la necesidad de evitar «*una justicia tardía que no satisface el derecho que reconoce el art. 24.1º de la CE*» (31) .

Lamenta, en cualquier caso, que la citada norma no hay contestado a lógicos interrogantes sobre el mejor momento para la citada «conciliación–transacción», ampliada hasta «la mediación», entre el acto de comparecencia y el trámite de conclusiones. Defiende, en todo caso con rigor, esta figura de

la «*mediación judicial*» a la que, citando a Gimeno Sandra, aplica el conocido aforismo, *ubi lex non distinguit nec non potest distinguere*, que pone en un rotundo español «*el hecho de no estar autorizada esta concreta práctica compositiva no implica su prohibición*» (32) .

Invoca finalmente algunos aspectos del art. 77.3º (33) «*que hacen albergar esperanzas en cuanto a considerar que el término «acuerdo «que incorpora tiene una definición genérica y por tanto integradora de la mediación*» (34) . Más allá de los requisitos que menciona, y cuya aplicación práctica comenta el autor, — acatamiento al ordenamiento jurídico, interés público e interés de terceros —, queda claro que *«aun cuando exista un proceso jurisdiccional en marcha, no cabe entender que el uso de estos sistemas alternativos puedan producir una alteración o menoscabo del principio constitucional de independencia judicial*» (35) .

VI. UN PROTOTIPO DE MEDIACIÓN INSTITUCIONAL: EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Y así termina la Primera Parte del libro, que daría paso a la segunda con la siguiente frase, «*han sido los propios jueces y magistrados procedentes de contextos jurídico–culturales diversos quienes han señalado la importante función de mediación que ejercen o pueden ejercer los ombusdmen, con la finalidad de que las partes puedan resolver sus diferencias y terminar el litigio*» (36) .

Empezaría luego la Segunda Parte, «Mediación y Ombudsman», que, como dije al principio, podría constituir una segunda tesis doctoral, dada la profundidad del trabajo llevado a cabo por Gerardo Carballo y la exhaustividad del mismo, que se extiende sobre trescientas páginas con cientos de clarificadoras notas a pie. Ciertamente, no podría resumirlas todas aquí, pues haciéndolo me alejaría del título de nuestro seminario, pero sí me fijaré en aquellos análisis y pronunciamientos más directamente vinculados a la «mediación administrativa», sin entrar a fondo, como hace el autor, en la figura histórica del Ombudsman.

Importa en primer lugar destacar cómo el autor considera la mediación llevada cabo por los Ombudsmen como prototipo de «mediación institucional», «*que tiende a expresar la interrelación de un tercero que, a través de un apoderamiento instituido, detenta una especial autoridad de facto o de derecho, que le permite, bien intervenir directamente entre dos o más personas para conseguir un arreglo, o bien, facilitar los medios operativos para que dicha intervención pueda realizarse con las debidas garantías y la necesaria efectividad*» (37) , lo que le lleva a destacar , dos páginas después, que «*el ombudsman ejerce una «vis atractiva» sobre el concepto global de mediación*».

Cita, como síntesis lograda de esta figura, la de Pedro Carballo Armas: «*el Defensor del Pueblo es un defensor de los derechos y libertades de los ciudadanos, y un fiscalizador de las actividades de la Administración, de manera que su actividad propiamente es la de mediar entre el poder púbico y el ciudadano con la finalidad de obtener una solución auto compositiva*» (38) .

Contiene el resto de la tesis de Gerardo Carballo epígrafes de enorme interés, filosófico y práctico, entre los que resaltaré el de «*La «mala administración» a través del modelo común del Defensor del Pueblo Europeo y de su facultad de mediación*», y Capítulos, probablemente definitivos, como el VIII, «*La Mediación en el Defensor del Pueblo Español*», con epígrafes como el dedicado a la joven historia

de nuestra Institución, «*Desde el ejercicio de un sistema de control impositivo y semicontencioso hacia un sistema de consenso*», dividido en cuatro períodos en torno a un lustro cada uno, desde 1983 hasta 2005, que tocará pronto actualizar.

Del último y más reciente, *2000–2005*, dice que «*en esta fase se reafirma la importancia del Ombudsman como institución mediadora que, a través de una magistratura de persuasión, debe contribuir a hacer cultura de paz en lo cotidiano y en lo más cercano*» (39) .

Es clave para la mejor comprensión de las muchas páginas dedicadas al estudio de estos años, la afirmación siguiente: «*En este período se perfila definitivamente la función de mediación del Defensor del Pueblo, y que, lejos de articularse con propuestas específicas de modificación de su ley orgánica reguladora, se desdoblan en dos modelos diferenciados que podemos denominar mediación en derecho (legalidad) y mediación en equidad (oportunidad)*» (40) .

Siguen luego distintos *cuadros estadísticos*, que permiten comparar cifras exactas de unos y otros casos , con un general predominio de las Mediaciones en derecho, algo coherente con el principio constitucional de legalidad contenido en el artículo 9.1 de la CE.

Estudia también en profundidad el autor el complejo epígrafe de *las Resoluciones del Defensor del Pueblo,* y sus distintos tipos, — *advertencia, recordatorio, recomendación y sugerencia* —, que le llevan a invocar una autoridad política capaz de acentuar su carácter vinculante dentro de una mejor acción administrativa, terminando con «*Algunas propuestas para hacer más efectivas las resoluciones formuladas por el Defensor del Pueblo y aceptadas por la Administración* » (41) .

Los capítulos IX, X, XI y XII, giran en torno a la Mediación en equidad, para lo que arranca con la siguiente afirmación, «*la mediación en equidad constituye uno de los mecanismos de actuación material del Defensor del Pueblo menos conocidos si se compara con la clásica actuación de mediación en derecho a la que me he referido en anteriores páginas*» (42) .

Tras un capítulo dedicado a comentar la rotundidad de los *arts. 28.1º y 28.2º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor de Pueblo* (43) , que define como «*cláusula de apoderamiento especial*», estudia sus orígenes en el ordenamiento francés así como la práctica jurisprudencial en el caso español, profundizando en ese segundo caso, dentro del Capítulo X, en los distintos *tipos de equidad*, — inspiradora, normativa, interpretativa en sus tres variantes (44) , e integradora —, sobre la base de los resultados alcanzados.

En un nuevo esfuerzo de investigación, y admirable presentación, el autor nos ofrece un Capítulo XI, sobre «*Supuestos prácticos de la función mediadora del Defensor del Pueblo en el marco de los distintos modelos de equidad*», cuya lectura te lleva a exclamar, frente a cualquier escéptico de la *mediación administrativa*, la frase atribuida por los gallegos a las «meigas», «*y sin embargo existen*». Lo mismo procede decir tras disfrutar de las mediaciones, en su total mayoría administrativas, contenidas en las sesenta páginas descriptivas de casos prácticos.

En base a la clasificación que ha hecho de los distintos tipos de equidad, distribuye las *115*

Resoluciones por él estudiadas, y sintetizadas con rigor, entre los grupos arriba mencionados, logrando un resultado muy ilustrativo: *Equidad Inspiradora* (10); *Equidad Normativa* (10), *Equidad Interpretativa Declarativa* (15), *Equidad Interpretativa* Correctora (36), Equidad *Interpretativa Armonizadora* (21); y *Equidad Integradora* (25)

Tanto así, que por mi propio interés y por el del atento lector, he optado por escribir, en una larga Nota a pie de página (45) , algunas breves consideraciones sobre la gran utilidad y trascendencia del trabajo hecho por el admirado autor. También, quiero recordar que en los cuidados resúmenes gráficos estadísticos (46) que añade, con porcentajes diferenciados para cada uno de los seis modelos de equidad diferenciados, queda bien evidenciado el dato de que desde 1983 a 2005 un 66% de los casos estudiados por la Oficina del «Defensor del Pueblo» correspondieron a «mediaciones de derecho» por encima de las que se resolvieron como «mediaciones en equidad».

VII. LA MEDIACIÓN CONSTITUYE «EL GÉNERO Y NO LA ESPECIE»

El manual finaliza con unas claras Conclusiones, en total once, que, de alguna manera, querría traer sintéticamente a esta ponencia. Extraería de cada una de ellas los siguientes juicios y términos en torno a la mediación administrativa: a) «*Imparcialidad e independencia*» en la mediación institucionalizada ; falta del protagonismo que la sociedad le reclama en el «*régimen jurídico administrativo*»; b) «*equivalente jurisdiccional*» a través del Juez y del Letrado según la Ley Orgánica 9/2003 del Poder Judicial; c) «*naturaleza procesal y sustitutoria de la Justicia estatal*» en la Recomendación RE 2001 9 del Consejo de Europa; el Defensor del Pueblo como mediador institucional en el plano de la «*protección de los derechos fundamentales*»; d) la «*buena administración*» como principio esencial tanto en la mediación en equidad como en la de derecho; e) las «*contestaciones de la Administración a la recomendación recibida*» como acto administrativo, negocio jurídico , o mandato constitucional; f) positivismo moderado, legalidad prioritaria con equidad, terminación convencional, y cultura de la Paz en las cuatro «*fases históricas*»; g) la equidad, bien como «*criterio de interpretación o fuente de Derecho*», permite al Defensor del Pueblo hacer recomendaciones a la Administración; h) la intervención en equidad de éste contribuye a «*equilibrar las relaciones entre Administración y ciudadanos*» a través de un diálogo transformador; e, i) la medición, que singulariza a estas instituciones especializadas, constituye «*el género y no la especie*», al margen de todo número clausus.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Terminada mi recensión, quisiera añadir que solicité a Gerardo Carballo unos comentarios escritos, catorce años después, sobre su importante obra.

Amablemente, me ha hecho llegar tres páginas que quiero sintetizar en *tres ideas*. *Primero*, el libro habría pasado a la condición de «clásico», «*ya que los conceptos jurídicos sobre los que descansa una institución jurídica como la mediación administrativa han quedado anclados en un espacio atemporal*».

Segundo, «*como dice Ortega, la estructura de la vida se trasforma siempre de quince en quince años,*

tiempo que nos ha permitido constatar el avance de esta figura a través de la consolidación de la mediación en todos los escenarios y materias posibles». Ha habido avances en la Unión europea y en nuestras Comunidades Autónomas. La Ley estatal nº39/2015, que regula el Procedimiento Administrativo Común, *permite a los ciudadanos*, — escribe —, *proteger a los ciudadanos a través del «carácter reactivo» de los recursos, y a través de la «actuación preventiva» de la terminación convencional, que se abre a distintas formas de composición en áreas cada vez más numerosas».* Recuerda al efecto la Ley 15/2007 de «Defensa de la competencia», y la Ley 3/2022 de «Convivencia universitaria»

Y *tercero*, «*tenemos muchos retos por delante, pero el más importante tiene que ver con la necesidad de disponer de una norma estatal de mediación administrativa que, al igual que sucede en el sistema de justicia de Francia (Loi n.º 2016–1547 de 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle), ofrezca seguridad jurídica, cohesión interterritorial y las garantías necesarias para que esta figura sea un instrumento disponible y cercano para todos los ciudadanos en sus reacciones de conflicto con las administraciones públicas, y en un régimen de igualdad acorde con las exigencias derivadas del principio de tutela judicial efectiva y del servicio público efectivo a los particulares».*

Sin duda estos comentarios finales confirman mi convicción sobre la enorme actualidad de la importante obra a la que he dedicado esto sencillos comentario.

(1) Respuesta extensiva a trabajos posteriores del autor como: «La mediación administrativa como especialidad propia en el funcionamiento del Defensor del Pueblo (ombudsmen)», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 8, julio-septiembre, 2001 y «La autoridad de la mediación administrativa en los Defensores del Pueblo (ombudsmen: análisis comparativo de los modelos ADRA», *Mediación y arbitraje en la Administración pública. Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia* (F.J. Bauzá Martorell, dir.), Madrid, Bosch, 2022, pp. 323-356.

Ver Texto

(2) P. 91 de la obra comentada.

Ver Texto

(3) P. 92 de la obra comentada.

Ver Texto

(4) P. 93.

Ver Texto

(5) P. 97.

Ver Texto

(6) P. 99.

Ver Texto

(7) P. 108.

Ver Texto

(8) P. 109.

Ver Texto

(9) P. 118.

Ver Texto

(10) Pp. 116 a 126.

Ver Texto

(11) Art. 88.1, «Las Administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Ver Texto

(12) Al final del texto, incluiremos unos comentarios del propio autor sobre lo que significó, de cara a sus viejas conclusiones, la entrada en vigor de la ulterior «Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas», LPAC 39/2015.

Ver Texto

(13) Pp.140/141.

Ver Texto

(14) P. 148.

Ver Texto

(15) Art. 107.2, «Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos

colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a os interesados en todo el procedimiento administrativo».

Ver Texto

(16) P. 149.

Ver Texto

(17) P. 156, «Defensor del Pueblo, Valedor do Pobo, Síndic de Greuges, Diputado del Común, Ararteko, Procurador General del Principado de Asturias, Procurador del Común de Castilla y León, o Justicia de Aragón».

Ver Texto

(18) P. 156.

Ver Texto

(19) P.157, «Aquel procedimiento de impugnación mediante el cual los interesados, como consecuencia de una resolución o un acto de trámite que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, acuerdan que un órgano colegiado o comisión específica, facilite la solución de la controversia a través de un procedimiento de mediación».

Ver Texto

(20) Pp. 160–162.

Ver Texto

(21) P. 164.

Ver Texto

(22) P. 165.

Ver Texto

(23) P. 167.

Ver Texto

(24) P. 172.

Ver Texto

(25) P. 174.

Ver Texto

(26) P. 173.

Ver Texto

(27) P. 177.

Ver Texto

(28) P. 181, «En los procedimientos en primera y única instancia el juez, o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formulada la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad».

Ver Texto

(29) P. 187.

Ver Texto

(30) P. 188.

Ver Texto

(31) P. 191.

Ver Texto

(32) P. 193.

Ver Texto

(33) Art. 77. 3º «Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuese manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público ni de terceros».

Ver Texto

(34) P. 195.

Ver Texto

(35) P. 196.

Ver Texto

(36) P. 197.

Ver Texto

(37) P. 201.

Ver Texto

(38) P. 205.

Ver Texto

(39) P. 294

Ver Texto

(40) P. 296

Ver Texto

(41) Pp. 332 a 350

Ver Texto

(42) P. 351

Ver Texto

(43) Art. 28.1, «El Defensor de Pueblo aún no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir las modificaciones de los criterios utilizados para la producción de aquéllos». El Art. 28.2, «Si como consecuencias de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la administración la modificación de la misma».

Ver Texto

(44) P. 385, «Equidad interpretativa declarativa, Equidad interpretativa correctora y Equidad interpretativa armonizadora».

Ver Texto

(45) Fijándonos en el citado Capítulo XI, la *variada temática* refleja la cercanía de la «Defensoría» a la sociedad, y deja clara la gran contribución hecha para la *mejora de nuestra democracia*, a través de una interpretación, amplia pero coherente, con la esencia de la «equidad», tan cercana a lo que denominamos «razones humanitarias». Ello hace que las *mismas materias*, resueltas en diferentes conflictos, figuren en *distintos tipos de mediación*, así «*equidad inspiradora» y «equidad integradora» por ejemplo,* según el enfoque que se haya impuesto de cara a la Resolución final. Mencionaré como ejemplos reivindicaciones de «víctimas de terrorismo», fijación «pensiones» (viudedad, jubilación, incapacidad, incluso la vieja SOVI, y casos concretos de «impuestos (IRPF e IVA) y tasas», así como en general la mejora de los servicios sociales («asistencia sanitaría», «subsidios de desempleo», «concesión de viviendas») desde distintos enfoques, todos ellos equitativos. Frente a ello, se concentrarían en la «*equidad normativa* » casi todos los casos de aplicación de «*conceptos jurídicos*

indeterminados», así «justos términos», «orden público», «urgencia vital», «necesidades del servicio», «buena fe», «interés general» o «entrada ilegal». Dentro de lo que denomina «*equidad interpretativa declarativa»,* en cambio, encontraríamos varias Resoluciones que construyen, un, siempre convincente, razonamiento sobre el concepto de *«realidad social»,* así en «mendicidad», «audiencia procesal», «lugar de residencia». Los casos de *antinomias*, donde figuran choques entre las partes nacidos en las normas, pero también en las sentencias, irían a parar al modelo de «*equidad interpretativa armonizadora».* Volviendo a casos más comunes en el muestreo del autor, sin duda habría que destacar las «provisiones de destinos» para funcionario militares y también civiles, las «indemnizaciones» por despido, por fallos en RENFE y en líneas aéreas. En el fondo, estarían representados casi todos los *ámbitos* que afectan al ciudadano, así en tema de familia, vemos subvenciones para «familias numerosas», «hijos a cargo», e incluso una recomendación de creación de un «fondo de garantías para impagos de las pensiones de alimentos». En el mundo educativo, se resuelven supuestos sobre «tesis doctorales», «equivalencias estudios homologados», «niños superdotados», etc. En integración de extranjeros se observe un gran adelanto frente a las reformas que luego vendrían sobre «residencia legal», «regularización», apertura a las «lenguas y grafías propias» del inmigrante. Para no extenderme más, me fijaré en cómo viejos problemas prácticos se resolvieron gracias a las reiteradas intervenciones del Defensor del Pueblo, así la instalación de «teléfonos fijos en zonas rurales», bien desde la aplicación de una «*equidad interpretativa correctora»,* bien «*armonizadora».* Citaré un último original supuesto de recurso, resuelto con criterios de «*equidad integradora*», para la urgente adaptación de la legislación española a la normativa europea sobre «materia turística».

Ver Texto

(46) Pp. 499–501.

Ver Texto

El arbitraje estatutario (José Caro Catalán), Aranzadi, 2022

Editorial: Editorial Aranzadi

Fecha de la edición: 2022

Lugar de la edición: Cizur Menor, Pamplona. España

Páginas.: 376

ISBN: 9788411250214

El arbitraje estatutario es un instrumento útil por diversas razones. Por un lado, desde la perspectiva de los sujetos implicados en el litigio —socios y sociedad-, el arbitraje puede ofrecer celeridad, especialización, confidencialidad y flexibilidad en la resolución de litigios. Por otro lado, desde la perspectiva del Estado y, por tanto, del interés general, su uso permite reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y trasladar a las compañías los costes de la resolución de este tipo de conflictos. Quizás por estos motivos, el legislador de 2011 optó por introducir los arts. 11 bis y 11 ter LA con el noble propósito —declarado en el preámbulo de la reforma- de «brindar seguridad jurídica» y, por tanto, generar confianza para que los operadores del tráfico pudieran confiar en este mecanismo de resolución de conflictos. Sin embargo, lo cierto es que más de una década después de su aprobación, parece que el arbitraje estatutario no ha desarrollado todo su potencial.

Son varios los factores que pueden explicar esta circunstancia. Se podría hablar de la falta de cultura arbitral en España, de los elevados costes del arbitraje en comparación con el proceso jurisdiccional o, incluso, del buen hacer de los juzgados de lo mercantil. No obstante, más allá de estos factores, una de las principales causas que justifica su escaso uso es el de su deficiente regulación. La

regulación del arbitraje estatutario, como se analiza en la obra, es insuficiente, confusa y, además, cuestionable desde el punto de vista constitucional. Lo que ha favorecido que los operadores jurídicos no confíen plenamente en el arbitraje como método de resolución de conflictos societarios.

Partiendo de esta premisa, en la presente obra, y desde un prisma procesal, el autor lleva a cabo un ejercicio de interpretación, sistematización y crítica con el que pretende arrojar algo luz sobre muchos de los interrogantes que presenta el arbitraje estatutario.

Mediación mercantil y eficiencia procesal (David Vallespín Pérez), Wolters Kluwer, 2022

Editorial Bosch

Páginas: 352.

ISBN-10: 8490905959

ISBN-13: 978-8490905951

Examen de la mediación en el ámbito civil y mercantil; en estos momentos, en el centro del debate, al hilo del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, cuyos efectos son objeto de análisis en profundidad. La mediación en el ámbito civil y mercantil en el centro del debate, al hilo del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia cuyos efectos son objeto de análisis en profundidad. La Mediación Civil y Mercantil al servicio de la Eficiencia Procesal.

En el presente libro, tras el análisis en general de la Mediación Mercantil, con referencias a su modalidad electrónica y la hipotética aplicación de la inteligencia artificial, se examinan las particularidades propias de la Mediación de Consumo; la Mediación en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial; la Mediación aplicada en el terreno de los Contratos de Distribución Mercantil (con especial mención a la franquicia); la Mediación Empresarial o Societaria; y la Mediación Concursal, sin duda una de las grandes olvidadas en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (2021).

Consulta el índice completo de la obra o adquiere un ejemplar en formaro papel o on line, en este enlace.

Mediación y arbitraje en la Administración pública. Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia (Felio José Bauzà Martorell, dir), Bosch, 2022.

Editorial: Bosch

Fecha publicación: 2022

Lugar de edición: Barcelona

Número de páginas: 624.

ISBN-10: 8490906092

ISBN-13: 978-8490906095

La mediación y el arbitraje constituyen dos instituciones que se abren paso en el derecho privado como técnicas alternativas a la resolución judicial de conflictos. La experiencia acumulada y sus innegables ventajas constituyen un activo para una eventual incorporación —con las adaptaciones correspondientes- al ámbito del derecho público.

Precedidos de un estudio preliminar, a lo largo de treinta y tres capítulos, se analiza en esta obra colectiva la mediación y el arbitraje en la legislación procesal, y su recepción en derecho administrativo, así como su encaje en el procedimiento administrativo general y en los procedimientos especiales. Se aborda igualmente la mediación en la Administración consultiva y en la institución del Defensor del Pueblo. El proceso contencioso, por su parte, tampoco puede ser

ajeno a la mediación, como lo prueban los casos de mediación intra judicial. También es objeto de análisis el arbitraje administrativo y el internacional, así como distintas iniciativas y regulaciones de derecho comparado. La obra concluye con una interesante propuesta normativa *de lege ferenda*.

En definitiva, los indicios apuntan desde hace algún tiempo hacia un agotamiento del sistema de recursos administrativos, principalmente por su falta de funcionalidad. Dicha circunstancia, unida a la regulación de la mediación y el arbitraje administrativos en derecho comparado, brindan una oportunidad perfecta para tratar de explorar su virtualidad en derecho administrativo español. Un elenco de juristas de acreditada solvencia ha participado en este estudio pormenorizado que aspira a convertirse en una obra de referencia.

Relación de contribuciones

Parte I Mediación y arbitraje en la legislación procesal

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración, Juan Carlos Ortiz Pradillo

Mediación en el orden procesal: la experiencia valenciana y su posible traslación al orden administrativo, Patricia Boix Mañó

Hacia un derecho a justicia más efectivo y humanizado: La difícil implementación de la mediación en España como sistema adecuado de resolución de conflictos, María Victoria Torre Sustaeta, La mediación como medio de resolución de conflictos y su utilidad y aplicabilidad en el ámbito administrativo, Manuela Chaves Morales,

La mediación de la ITSS en los conflictos laborales, Pere Aguiló Crespí

Parte II Recepción de la mediación y el arbitraje en derecho administrativo

El arbitraje en la contratación pública, Joaquín Tornos Mas

Vías alternativas de resolución de conflictos con la Administración Pública. En particular, el arbitraje, Joan Manuel Trayter Jiménez,

Los límites jurídicos al arbitraje de Derecho Público, Covadonga Isabel Ballesteros Panizo,

Criterios funcionales y arbitrajes administrativos: *Praxis* de mediación procesal, Santiago González-Varas Ibáñez

Parte III Procedimiento administrativo

La terminación convencional del procedimiento administrativo como alternativa a la actuación unilateral de la Administración, Pedro Brufao Curiel

Mediación e impugnación de actos administrativos, Fabio Pascua Mateo

La mediación en los procedimientos disciplinarios, Beatriz Belando Garín

Forma y oportunidad de encaje de la mediación en la contratación pública, Alfonso Sánchez García

Mediación y responsabilidad patrimonial, Gabriel Capilla Vidal

La mediación como técnica para la resolución de conflictos en el sector urbanístico, María Fuensanta Gómez Manresa

Parte IV La mediación en la administración consultiva

El arbitraje en las competencias del Consejo de Estado, Lucas Blanque Rey, Beatriz Rodríguez Villar

Parte V Mediación y Defensor del Pueblo

La autoridad de la mediación administrativa en los Defensores del Pueblo (Ombudsmen): análisis comparativo de los modelos ADRA, Gerardo Carballo Martínez

El Defensor del Pueblo Europeo, M.T. Paola Caputi Jambrenghi

Parte VI. Proceso contencioso

Potestad jurisdiccional y mediación en el orden contencioso-administrativo, Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Algunas consideraciones sobre la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, Santiago Martínez Lage, José María Ayala de la Torre

La transacción judicial y extrajudicial de las Administraciones Públicas, Salvadora Ginard Martínez

La transacción *inter partes* en sede de ejecución de sentencias de lo contencioso-administrativo, Antonio Ezquerra Huerva

La resolución alternativa de litigios en transporte aéreo: Una vía extrajudicial administrativa previa a la jurisdicción civil, Irene Nadal Gómez

Una breve aproximación al arbitraje de consumo electrónico y a la mediación electrónica de consumo en España durante la COVID-19: ¿entre el mito y la realidad?, Juan Antonio Pavón Pérez

El arbitraje de inversión: los casos en materia de telecomunicaciones en Colombia, Sandra Milena Ortíz Laverde

Parte VII Arbitraje administrativo

La función arbitral efectuada o administrada desde órganos administrativos, Alberto Palomar Olmeda

Mediación y arbitraje en el sector turístico, Francisco Javier Melgosa Arcos

Parte VIII Arbitraje internacional

Unión Europea y arbitraje de inversión, Álvaro Soriano Hinojosa

Parte IX Derecho comparado

El arbitraje en los conflictos con la Administración Pública en Italia, especialmente en el ámbito de los contratos públicos, Vera Fanti

El arbitraje en derecho administrativo en Colombia, Mónica Liliana Ibagón

La necesidad de implementar los medios adecuados para la solución de conflictos en la administración pública en Brasil, Mariza Ríos, Newton Teixeira Carvalho

Arbitraje y mediación en la Administración Pública paraguaya, Marta Gisela Martínez Martínez

Mediación en la Administración Pública chilena: El polémico caso de la mediación por daños en la salud, Benoît Delooz

Parte X Balance y perspectivas sobre la mediación y el arbitraje en la Administración Pública

Esbozo de una Ley de mediación y arbitraje en la relación jurídica administrativa, Felio José Bauzá Martorell

Consulta el índice completo de la obra o adquiere un ejemplar en formato papel u on line, en este enlace.